الجزء السابع من

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

باب العتق في الظهار

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه ويجوز في كفارة الظهار عتق الرقبة العوراء عندنا ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله تعالى لانها ناقصة بنقصان لا يرجى زواله فكانت كالعمياء وهو الاصل عنده أن كل عيب لا يرجى زواله يكون فاحشا يمنع جواز التكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة ونحوها والاصل عندنا قوله تعالى فتحرير رقبة فهو دليل على أن الواجب رقبة مطلقة والتقييد بصفة السلامة يكون زيادة والزيادة على النص نسخ ولكن مطلق الرقبة يقتضي قيامها من كل وجه والقائم من وجه دون وجه لا يكون مطلقاً والعمياء مستهلكة من وجه لفوات منفعة الحس وهو البصر فان بقاء الآدمي بمنافعه معني ففوات منفعة الحس يكون استهلاكا من وجه وليس في العور فوات منفعة الحس وكذلك في قطع اليدين تفوت منفعة البطش وبقطع احدى اليدين لا تفوت وكذلك أشل اليدين لا يجزى لفوت منفعة الحس ومقطوع الرجلين أو أشلهما لا يجزي لفوات منفعة المشي ومقطوع أحد الرجلين يجزى لان منفعة المشى لا تفوت به وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف لانه يتمكن من المشى بالعصا ومنفعة البطش باقية أيضاً فلم تكن مستهلكة والمجنون والمعتوه لا يجزى لفوات العقل به وهو منفعة مقصودة والذي يجن ويفيق يجزى لان منفعة العقل غير فائتة بل هي قائمة تستتر تارة وتظهر أخرى والخرساء لا تجزى لان منفعة الكلام مقصودة والآدمى انما باين سائر الحيوانات بالبيان ففواتها يكون استهلاكا من وجه وتجزى الرقبة الصغيرة لانها قائمة من كل وجه ولا يقال انها فائتة المنافع من البطش والمشى والعقل والكلام لانها عديمة المنافع الى الاصابة عادة فلا يعد ذلك عيباً ولان مالا يخلو عنه أصل الفطرة السليمة لا يعد نقصانا فضلا عن الاستهلاك ﴿ قال ﴾ وتجزى الرقبة الكافرة فى كفارة الظهار واليمين والافطار عندنا

ولا تجزى عند الشافعي رضى الله عنه الا الرقبة المؤمنة لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ولا خبث أشد من الكفر وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم برقبة سوداء وقال على عتق رقبة أفتجزيني هذه فامتحنها بالايمان فوجدها مؤمنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتقها فانها مؤمنة فامتحانه اياها بالايمان دليل على ان الواجب لايتأدى الا بالمؤمنة ولان هذا تحرير في تكفير فلا يجزى فيه غير المؤمنة ككفارة القتل وهذا لان الرقبة مطلقة هنا مقيدة بالايمان في القتل والمطلق محمول على المقيد لان القيد مسكوت عنه في المطلق وقياس المسكوت عنه على المنصوص صحيح ولان التعليق بالشرط يقتضي نفي الحكم عند عدمه في عين ماتعلق بالشرط وكذلك في نظائره استدلالا به والكفارات جنس واحد فالتقييد بشرط الايمان في بعضها يوجب نفي الجواز عند عدم الايمان في جميعها كالتقييد بشرط العدالة في بعض الشهادات أوجب نفي الجواز عند عدمها في الكل وكذلك التقييد بالتبليغ الى الكعبة في هدي جزاء الصيد أوجب ذلك في جميع الهدايا ﴿وحجتنا﴾ في ذلك ظاهر الآية فالمنصوص اسم الرقبة وليس فيه ماينبئ عن صفة الايمان والكفر فالتقييد بصفة الايمان يكون زيادة والزيادة على النص نسخ فلا يثبت بخبر الواحد ولا بالقياس ثم قياس المنصوص على المنصوص عندنا باطل لانه اعتقاد النقص فيما تولى الله بيانه وذلك لا يجوز وكذلك شروط الكفارات لا تثبت بالقياس كأصلها ولا يجوز دعوى التخصيص هنا لان التخصيص فيما له عموم والمطلق غير العام وامتناع جواز العمياء ونظائرها ليس بطريق التخصيص بل لكونها مستهلكة من وجه كما بينا مع ان التخصيص فيما له لفظ والصفة في الرقبة غير مذكورة ولا يقال بين صفة الكفر والايمان تضاد فاذا جوزنا المؤمنة انتفى جواز الكافرة لان جواز المؤمنة عندنا لانها رقبة لا بصفة الايمان ألا ترى أنا نجوز الصغيرة والكبيرة وبين الصفتين تضاد وكذلك نجوز الذكر والانثى وبين الصفتين تضاد ولكن الجواز باسم الرقبة فكان الوصف فيه غير معتبر فأما حمل المطلق على المقيد فالعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يجوزون ذلك في حادثة واحدة كما في قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة مع قوله في خمس من الابل السائمة شاة ولكن الاصح أنه لايجوز حمل المطلق على المقيد عندنا في حادثة ولا في حادثتين حتى جوز أبو حنيفة رحمه الله تعالى التيمم بجميع أجزاء الأرض لقوله صلى الله عليه وسلم

جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً ولم يحمل هـذا المطلق على المقيد وهو قوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم وهذا لان للمطلق حكما وهو الاطلاق وفي حمله على المقيد ابطال حكمه واليه أشار ابن عباس رضي الله تعالى عنه في قوله ابهموا ما أبهم الله وامتناع وجوب الزكاة في غير السائمة ليس لحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بأن لازكاة في العوامل واشتراط العدالة في الشهادات ليس لحمل المطلق على المقيد بل للنص الوارد بالتثبت في خبر الفاسق وكذلك وجوب التبليغ الى الكعبة في جميع الهـدايا للنص وهو قوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ولو جاز ذلك انما يجوز بعد ثبوت المساواة بين الحادثتين ولا مساواة بين كفارة القتل وبين سائر الكفارات فان القتل من أعظم الكبائر وفيه تفويت رقبة مؤمنة مخاطبة بالايمان بخلاف أسباب سائر الكفارات ففيها من التغليظ ما ليس في غيرها ولهذا لا يكون الاطعام بدلا عن الصيام في كفارة القتل بخلاف كفارة الظهار واشتراط صفة التتابع عندنا في الصوم في كفارة اليمين ليس بطريق حمل المطلق على المقيد بل بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وهي مشهورة وهي لازمة عليهم فانهم لا يشترطون صفة التتابع فيها لحمل المطلق على المقيد ولا معنى لقول من يقول لذلك المطلق أصلان أحدهما مقيد بالتفرق وهو صوم المتعة لان ذلك غير مقيد بالتفرق ولكن لايجوز قبل يوم النحر لانه مضاف الى وقت الرجوع بحرف اذا وهو قوله تعالى وسبعة اذا رجعتم فأما الحديث فقد ذكر في بعض الروايات أن الرجل قال عليّ عتق رقبة مؤمنة أو عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق الوحي أن عليه رقبة مؤمنة فلهذا امتحنها بالايمان مع أن في صحة ذلك الحديث كلاماً فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أين الله فأشارت الى السماء ولا نظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يطلب من أحد أن يثبت لله تعالى جهة ولا مكانا ولا حجة لهم في الآية لان الكفر خبث من حيث الاعتقاد والمصروف الى الكفارة ليس هو الاعتقاد انما المصروف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال ﴿قال﴾ ويجزئ الاصم في جميع الكفارات استحسانا وفي القياس لا يجزئ وهو رواية في النوادر لان منفعة السمع مقصودة وبالصمم يفوت ذلك وجه الاستحسان أن بالصمم لا تفوت منفعة السمع أصلا حتى أنه يسمع اذا صاح انسان في اذنه وقيل الرواية التي قال لايجوز محمول على صمم أصلي

ولا

ولابد وان يكون معه الخرس فانه لم يسمع الكلام ليتكلم وهذا لايجزى ومراده من الرواية التي قال يجزى اذا كان الصمم عارضا فلا يكون معه الخرس ويسمع عند المبالغة في رفع الصوت ﴿قال﴾ ويجزى الخصي ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا ولايجزئ عند زفر رحمه الله تعالى لانها مستهلكة من وجه بفوات منفعة مقصودة من الآدمي ولكنا نقول بعد قطع الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ماهو زينة وجمال فلا تصير الرقبة به مستهلكة كفوات شعر الحاجبين واللحية وفي الخصي ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهو زائد على ماهو المطلوب من المماليك فاما اذا كان مقطوع اليد والرجل من جانب واحد لايجزئ لان منفعة المشي فائتة فانه لايتمكن من المشي بعصا وكذلك ان كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة لم يجز لفوات منفعة البطاش وقطع أكثر الاصابع في هذا كقطع جميعها وان كان المقطوع من كل يد اصبعاً اوأصبعين سوى الابهام يجزئ لان منفعة البطاش باقية وان كان مقطوع الابهام من كل يد فنفعة البطاش فائتة فلهذا لايجزئ وكذلك لايجوز المفلوج اليابس الشق لفوات جنس المنفعة منه ولايجوز عتق أم الولد في الكفارة لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوق عرفاً وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة فيقتضي قيام الرق مطلقاً وبالاستيلاد يتمكن النقصان في الرق حتى لا يعود الى الحالة الاولى بحال ولان قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاق أم الولد تعجيل لما صار مستحقالها مؤجلا فلايكون انشاء من كل وجه وولد أم الولد بمنزلة أمه والمدبر كذلك لان بالتدبير صار مستحقا له ولهذا لايحتمل التدبير الفسخ ويثبت به استحقاق الولاء ﴿قال﴾ ولا يجزى اعتاق المكاتب اذا كان أدى شيئاً من بدل الكتابة لانه عتق بعوض والكفارة به لا تتأدى قال صلى الله عليه وسلم بشر أمتي بالسناء والتمكين مالم يبتغوا بعمل الآخرة الدنيا ودليل ان المقبوض عوض أنه لو وجده زيوفارده واستبدل بالجياد ولان الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا في رقه بعد ادائه بعض البدل فكان علي رضي الله عنه يقول يعتق بقدر ماأدى وابن مسعود رضي الله عنه يقول اذا أدى قيمة نفسه يعتق واختلاف الصحابة رضي الله عنهم في رقه شبهة مانعة من جواز التكفير به وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يجوز لان رقه لم ينتقص بما أدى من البدل ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله فاما اذا اعتقه قبل ان

يؤدى شيئا جاز عن الكفارة عندنا استحسانا وفى القياس لايجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لان استحقاق العتق والولاء يثبت بعقد الكتابة فوق مايثبت بالتدبير والاستيلاد ولهذا يصير أحق بمكاسبه ويعتبر الثلث والثلثان من مال الكتابة دون مالية الرقبة ويمتنع على المولى التصرفات فيه فاما ان يقول يتمكن بهذا السبب نقصان فى رقه أو يكون كالزائل عن ملك المولى من وجه حتى لو أتلفه يضمن قيمته ولو وطئ مكاتبته يغرم العقر وثبوت حكم الزوال عن ملكه من وجه يكفي للمنع من التكفير ولانه في حق المولى كفائت المنفعة لانه صار أحق بمنافعه ومكاسبه أو لان العتق لما صار مستحقا بالكتابة فاذا أوقعه وقع من الوجه المستحق ولهذا يسلم له الاولاد والاكساب والعتق عند الكتابة لاتتأدى به الكفارة مع ان هذا من المولى اعتاق صورة فأما في المعنى هو ابراء عن بدل الكتابة ولهذا يسقط مال الكتابة ويسلم له الاولاد والاكساب وهو كما لو أعتقه الوارث بعد موته لايجزى عن كفارته بالاتفاق ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ظاهر الآية ففيها أمر بتحرير الرقبة والتحرير تصيير شخص مرقوق حراً وقد حصل والرقبة اسم لذات مرقوق عرفا والمكاتب كذلك قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولا يتمكن النقصان في رقه ولا يصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الاداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل أولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لايمنع ولو تمكن نقصان فى رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكما أن ثبوت الحرية من جميع الوجوه لايحتمل الفسخ فكذلك ثبوته من وجه ولان الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عنه فى حق المكاتب وبذلك لايتمكن النقصان في رقه كالاذن في التجارة الا أن ذلك فك بغير عوض فلا يكون لازما فى حق المولى وهذا فك بعوض فيكون لازما ولكن مع هذا المنافع والمكاسب غير الرقبة فبالتصرف فيها لازما كان أو غير لازم لايتمكن النقصان فى الرق والملك كالاعارة مع الاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه ضمان العقر والارش لأن ذلك فى حكم المكاسب والمنافع والمكاسب صارت مستحقة له ولكن بهذا الاستحقاق لاتصير الرقبة فى حكم المستهلك واذا ثبت أن العتق لايصير مستحقاً بهذا السبب ظهر ان اعتاق المولى اياه يكون تحريراً مبتدأ من كل وجه فيصير به ممتثلا للامر والدليل عليه انه يسقط به بدل الكتابة ولو كان هذا اعتاقا بجهة الكتابة

لتقرر به البدل فان تسليم العوض يوجب تقرير البدل ولا يجوز ان يكون اعتاقه ابراء لانه يحتمل التعليق بالشرط واذا أعتق نصفه يعتق ذلك القدر والابراء عن نصف البدل لا يوجب عتق شيء منه فاما سلامة الاكساب والاولاد فلانه عتق وهو مكاتب لالانه عتق بجهة الكتابة كما لو كاتب ام ولده ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد وسلم لها الاولاد والاكساب وهذا لان العتق في حق المكاتب واحد والاعتاق من المولى تختلف جهاته ففيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحداً وفى حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشئ وتجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق وفى حقها تجعل تمليكا بهبة مبتدأة ﴿قال﴾ فان أعتق عن ظهاره نصيبه من عبد بينه وبين غيره لم يجزه عن كفارته فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان ضمن نصيب شريكه فاعتق مابقى منه لان العتق عنده يتجزى فانما اعتق نصيبه فى الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة ثم يتمكن النقصان فى حق النصف الآخر لانه يتعذر عليه استدامة الرق فيه وهذا النقصان في ملك الشريك غير مجز عن الكفارة وبالضمان انما يملك مابقى منه فاذا أعتقه كان هذا فى المعنى اعتاق عبد الا شيئاً وعند الضمان انما يستحق عليه السعاية فيما ضمن لشريكه فاعتاقه يكون ابراء عن تلك السعاية فلا تتأدى به الكفارة فاما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى العتق لا يتجزي فان أعتق نصيبه عتق كله الا ان المعتق ان كان مؤسراً فهو ضامن لنصيب شريكه ولاسعاية على العبد فكان هذا اعتاقا بغير عوض فيجزى عن الكفارة وان كان معسرا فعلى العبد السعاية فى نصيب شريكه فيكون هذا اعتاقا بعوض فلا تتأدى به الكفارة فأما اذا كان العبد كله له فاعتق نصفه عن كفارته عندهما يعتق كله بغير سعاية ويجوز عن الكفارة وعند أبي حنيفة رحمه الله يعتق نصفه ولا يجوز عن كفارته فان أعتق النصف الباقى بعد ذلك بنية الكفارة فى القياس لايجزيه لما بينا ان باعتاق النصف يتمكن النقصان فى النصف الآخر كما فى الفصل الاول وفى الاستحسان يجزى لان هذا النقصان بسبب العتق عن الكفارة فلا يمنع الجواز ومعنى هذا ان الرقبة كلها مملوكة له هنا فالنقصان في النصف الآخر انما يحصل فى ملكه فيمكن تحريره عن الكفارة اذا أكمله ويجعل كأنه في المرة الاولى أعتق النصف وزيادة ثم أعتق مابقى بخلاف المشترك وهذا

نظير الاستحسان فيمن أضجع أضحيته ليذبحها فأصابت السكين عين الشاة لا يمنع جواز التضحية بها استحساناً لان حصول هذا العيب بسبب فعل التضحية ﴿قال﴾ ولا يجزيه العتق بما في البطن عن الكفارة وان ولدته لاقل من ستة أشهر لان الجنين بمنزلة جزء من الام في بعض الأحكام فلا يكون رقبة مطلقة لان الرقبة المطلقة مايكون نفساً على حدة من كل وجه خصوصاً في حكم العتق والجنين بمنزلة الجزء حتى يعتق بعتقها على وجه لا يجوز استثنائه كيدها ورجلها ﴿قال﴾ وان اشترى أباه ينوى به العتق عن ظهاره أجزأه استحساناً في قول علمائنا الثلاثة رضى الله عنهم وفى القياس لا يجزئ وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول وزفر والشافعي رحمهما الله تعالى وجه القياس أن الواجب عليه التحرير والشراء غير التحرير لان الشراء استجلاب للملك والعتق ابطال له فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة ولان العتق بسبب القرابة صار مستحقا له عند دخوله في ملكه فلا تتأدي به الكفارة كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر ثم اشتراه ينوى به الكفارة وهذا لان عند وجود الشرط انما يعتق بالسبب الذي حصل الاستحقاق به وهو القرابة ولا يتصور اقتران نية الكفارة بذلك السبب والدليل على أن الاستحقاق بالقرابة أن أحد الشريكين في العبد اذا ادعى سببه يضمن لشريكه قيمة نصيبه كما لو أعتقه توضيحه أن أم هذا الولد استحقت حق العتق عند دخولها في ملكه وذلك مانع اعتاقها عن الكفارة حتى لو قال لها اذا اشتريتك فأنت حرة عن ظهاري لا يجزئه عن الظهار فالابن الذى استحق حقيقة العتق عند دخوله في ملكه أو الاب أولى أن لا يجوز اعتاقه عن الكفارة وهذا لان العتق مجازاة للأبوة ومجازاة الابوة فرض فلا يتأدى به واجب آخر وصرف منفعة الكفارة الى أبيه لا يجوز كالطعام والكسوة ﴿وحجتنا﴾ في ذلك ظاهر الآية ففيها أمر بالتحرير وهو تصيير شخص مرقوق حراً كالتسويد تصيير المحل أسود وقد وجد ذلك وهذا لان شراء القريب اعتاق قال صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أي بالشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسماه بالشراء مجازيا وانما يكون مجازيا بالاعتاق والدليل عليه أنه لو اشترى نصف قريبه يضمن لشريكه ان كان موسراً والضمان الذى يختلف باليسار والاعسار لا يكون الا عن اعتاق وهذا لانه بالشراء يصير متملكا والملك في القريب اكمال لعلة العتق فاذا صار مضافا الى الشراء يكون به معتقاً لان السبب الموجب للحكم بواسطة كالموجب بغير واسطة

فى كون الحكم مضافا اليه والدليل على اثبات هـذه القاعدة ان عتق القريب يثبت بالقرابة والملك جميعا قال صلى الله عليه وسـلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وهـذا لان العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صـلة للفقراء كما أن للقرابة تأثيراً في استحقاق الصلة وكل واحد من الوصفين لكونه مؤثراً علة ومتى تعلق الحكم بعـلة ذات وصفين فالحكم لآخرهما وجوداً لان تمام العلة به وآخر الوصـفين هنا الملك فيكون به معتقاً ولهذا لو ادعى أحد الشريكين نسب نصيبه يضمن لشريكه لان آخر الوصفين وجود القرابة هنا فيصـير به معتقا وهو كالشهادة على النسب بعد الموت يوجب ضمان الميراث عند الرجوع لان آخر الوصفين ما أثبته الشهود ولا يدخل على هذا شـهادة الشاهـد الثانى فانه لايحال بالاتلاف عليها وان تمت الحجة بها لان الشـهادة لا توجب شيئاً بدون القضاء والقضاء يكون بهما معاً وبهذا تبين فساد قولهم أن العتق مستحق بالقرابة لان الاستحقاق لا يثبت قبـل كمال العـلة ولانه لا يجـبر على الشراء وهـذا بخلاف المحلوف بعتقه لان الملك هناك شرط لاأثر له فى استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نيـة الكفارة بها حتى لو اقـترنت جاز وقولهم ان العتق بسبب القرابة فرض قلنا انما يقع العتق بسبب القرابة ويكون مجازاة له اذا قصد ذلك فاما اذا قصد به الكفارة كان هذا فى حقـه اعتاقا عن الكفارة فهو بمنزلة من فرض عليه نفقة أخيه فصرف اليه زكاة ماله جاز ثم تسقط به النفقة حكما لحصول المقصود وهـذا الفقه الذى أشرنا اليه فى مسئلة الكتابة ان فى حق المعتق العتق واحد فيحصل مقصوده من أى وجـه نواه المعتق ولكن فى حق المعتق تكثر جهاته فيكون عما نوى ليصح قصده وليس هذا نظير أم الولد لان استحقاق العتق لها بالاستيلاد كما قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فيكون الملك فيها شرطاً للعتق لا إكمالا للعلة ولا معنى لقولهم ان هـذا صرف منفعة الكفارة الى ابيه لانه لما جاز صرف هذه المنفعة الى عبده جاز صرفها الى أبيه بخلاف الاطعام والكسوة فصرفـه الى عبـده لايجوز فالى أبيه أولى وكذلك ان وُهب له أبوه أو تصدق به عليـه أو أوصى له به وهو ينوى عن كفارته فهو على الخلاف الذى بينا لان الملك بهذه الاسباب يحصل بصنعه وهو القبول فاما اذا ورث أباه ينوى به الكفارة لايجزئه لان الميراث يدخـل فى ملكه من غير صنعه وبدون الصنع لايكون محرراً والتكفير انما يتأدى بالتحرير ولهـذا لايضمن لشريكه

اذا ورث نصف قريبه واذا قال فلان حر يوم اشتريه ثم اشتراه ونوى عن ظهاره لايجزئه لانه انما يعتق عند الشراء بقوله حر ولم يقترن به نية الكفارة وان كان عنى بقوله هو حر يوم اشتريه عن ظهارى أجزأه لاقتران نية الكفارة بالاعتاق ﴿قال﴾ وان قال اذا اشتريته فهو حر ثم قال اذا اشتريته فهو حر عن ظهارى فاشتراه لايجزى عن الظهار لان التعليق الاول قد صح على وجه لايملك ابطاله ولا تغييره فانما يحال بالعتق عند الشراء عليه لانه ترجح بالسبق ولم تقترن به نية الكفارة ﴿قال﴾ ولايجزى ان يعتق عن ظهار واحد نصف رقبة ويصوم شهراً أو يطعم ثلاثين مسكينا لان نصف الرقبة ليس برقبة وا كمال الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لايجتمعان فكيف يتحقق إكمال أحدهما بالآخر ﴿فان قيل﴾ ان أعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان ﴿قلنا﴾ لايجوز أيضاً لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة فى كل رقبة تمنع التكفير بها بخلاف الاضحية فان رجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع التضحية كما فى البدنة ﴿قال﴾ ولو أعتق عبداً عن ظهارين فله أن يجعله عن أيهما شاء ويجامع تلك المرأة وكذلك الصوم والاطعام وفى القياس لايجوز وهو قول زفر لانعدام نية التعيين ولانه يصير معتقا عن كل ظهار نصف رقبة اذ ليس إحداهما بأولى من الاخرى فهو كما لو أعتق رقبة عن كفارة القتل والظهار ووجه الاستحسان ان نية التعيين في الجنس الواحد لغو غير مفيد فلا تعتبر بخلاف الجنسين ألا تري ان من كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوي صوم القضاء جاز وان لم يعين صوم يوم الخميس أوالجمعة لان الجنس واحد بخلاف مالو كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التعيين لاختلاف الجنس ﴿قال﴾ ولو أعتق رجل عنه بغير أمره لم يجزه عن ظهاره لان المعتق عن المعتق ونيته من غيره لغو لانه يعقب الولاء وليس لاحدان يلزم غيره ولاء بغير أمره فان كان بأمره فهو على وجهين إما ان يكون بجعل أو بغير جعل فان كان بجعل بان قال أعتق عبدك عن ظهارى على الف درهم فاعتقه جازعن ظهاره استحسانا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى ووجب المال عليه وفى القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى يعتق عن المعتق والولاء له ولا يجزئ عن ظهار الآمر ولا مال عليه لانه التمس منه محالا وهو أن يعتق ملك نفسه من غيره ولاعتق فيما لا يملكه ابن آدم فكان اعتاق زيد ملكه عن عمرو محالا ولا يجوز اضمار التمليك هنا لان الاضمار لتصحيح المصرح به لا لابطاله

واذا أضمرنا التمليك صار معتقا عن الآمر ملكه لا ملك نفسه وهو خلاف ما صرح به ولكنا نقول معنى كلامه ملكني عبدك هذا بألف درهم ثم كن وكيلي في اعتاقه عن ظهاري لانه التمس منه اعتاقه عن ظهاره ولا وجه لتصحيح التماسه الا بهذا الاضمار وتصحيح كلام العاقل واجب بحسب الامكان فاذا أمكن تصحيحه بهذا الطريق يصحح لمعنى وهو أن الملك في المحل شرط العتق وشرط الشئ تبعه فيصير كالمذكور بذكر أصله كمن نذر صلاة تلزمه الطهارة ومن نذر اعتكافا يلزمه الصوم ويصير ذلك كالمذكور وعلى هذا لو قال بعت منك هذا العبد بكذا فقال المشتري هو حر يعتق من جهته ويصير القبول والتمليك ثابتا بمقتضى كلامه ومعنى قوله عبدك يعني العبد الذي هو ملك للحال لا عند مصادفة العتق اياه فمقصوده من هذا تعريف العبد لا اضافته اليه والخلاف ثابت فيما لو قال أعتق هذا العبد عني وأما اذا كان بغير جعل بأن قال أعتق عبدك عن ظهاري بغير شئ فأعتقه المأمور على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الولاء للمأمور ولا يجزئ عن ظهار الآمر وهو القياس وعلى قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى الولاء للآمر ويجزئ عن ظهاره باعتبار اضمار التمليك كما في الاول وهذا لان الملك سواء حصل له بعوض أو بغير عوض يجوز عن كفارته اذا أعتقه ولا يجوز أن يقال الملك بطريق الهبة لا يحصل الا بالقبض لان القبض في باب الهبة كالقبول في البيع فكما سقط اعتبار القبول هناك لكون البيع في ضمن العتق فكذلك يسقط اعتبار القبض هنا أو يجعل القبض مدرجا في كلامه حكما كما يندرج القبول في كلامه أو يجعل العبد قابضا نفسه من المولى له كما لو قال أطعم عن ظهاري ستين مسكينا يجوز بغير بدل على أن يقبض الفقير له ثم لنفسه والدليل عليه أنه لو قال أعتقه عني بألف ورطل من خمر فأعتقه جاز عن الآمر ويندرج البيع الفاسد هنا والملك بالبيع الفاسد لا يحصل الا بالقبض كما في الهبة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان مستوهب أمر بالعتق قبل القبض فلا يجزى عنه كما لو استوهبه العبد نصا ثم قال قبل قبضه اعتقه وهذا لان القبض في باب الهبة شرط لوقوع الملك على وجه لا يجوز اسقاطه بحال فلا يسقط بالاندراج في العتق لان المسقط انما يعمل في محله لا في غير محله بخلاف القبول في البيع فانه يحتمل السقوط حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بعشرة فاقطعه فقطعه صار متملكا وان لم يقبل وهذا لان الايجاب مع القبول قد يحتمل السقوط في البيع

وهو عند التعاطي فجرد القبول أولى أن يحتمل السقوط وبه فارق البيع الفاسد لان الفاسد في الحكم ملحق بالجائز والقبض هناك نظير القبول هنا في أنه يحتمل الاسقاط ولا يجوز أن يجعل القبض مدرجا في كلامه هنا لان القبض فعل والقول لا يتضمن الفعل انما يتضمن قولا مثله والقبول قول فيجوز أن يندرج في كلامه ولا يجوز أن يجعل العبد قابضا نفسه هنا لان الاعتاق ابطال للملك والمالية والعبد انما يقبض مايسلم له دون مالا يسلم له وبه فارق الطعام فان المسكين يقبض عين الطعام فيمكن أن يجعل قابضا للآمر أولا ثم لنفسه ولكن العبد ينتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه يندرج فيه أدنى القبض ولكن أدنى القبض يكفي في البيع الفاسد ولا يكفي في الهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع الاتصال في الثمار على رؤس الاشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة وبهذا يتضح الفرق بين هذه الفصول ﴿قال﴾ ولو أعتق المظاهر عبده على جعل لم يجز قل الجعل أو كثر لان التكفير بما يخلص لله تعالى وعمله في العتق بجعل لا يكون خالصا لله تعالى لانه قصد به العوض ولهذا قال صلى الله عليه وسلم فيما يؤثر عن ربه عزوجل يقول الله تعالى انا أغنى الشركاء عن الشرك فمن عمل لي عملا واشرك فيه غيري فهو كله لذلك الشريك وأنا منه بريء وان وهب له الجعل بعد ذلك لم يجزه عن الكفارة لان هذا إبراء عن الدين ولا مدخل للابراء عن الدين في الكفارات والله أعلم بالصواب

باب الصيام في الظهار

﴿قال﴾ واذا لم يجد المظاهر مايعتق عن ظهاره فعليه صيام شهرين متتابعين بالنص فان أفطر فيهما يوما لمرض أو لغيره فعليه استقبال الصيام لفوات صفة التتابع بفطره والواجب المقيد بوصف شرعا لا يتأدى بدونه وكذلك ان أيسر قبل ان يفرغ من الصوم انتقض صيامه وعليه العتق لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فان المقصود اسقاط الكفارة عنه وذلك لا يحصل قبل تمام الشهرين وهو كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة والطارئ من اليسار قبل حصول المقصود كالمقترن بحالة الشروع في الصوم ومعنى قوله انتقض صومه في حكم جوازه عن الكفارة فاما أصل الصوم باق فيستحب اتمامه نفلا لان اليسار لا يمنع ابتداء الصوم انما يمنع التكفير به ﴿قال﴾ ولو صام شهرين أحدهما شهر

رمضان

رمضان لم يجزه عن الظهار لانه لم يشرع في شهر رمضان الا صوم واحد وهو الفرض فلا يصح التكفير به لان وجوب الكفارة في ذمته وما في الذمة انما يتأدى بما للمرء لا بما عليه وقد قررنا هذا في كتاب الصوم وبينا اختلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى مع صاحبيه رحمهما الله في المسافر واذا لم يجز صومه في شهر رمضان عن الظهار فعليه أن يستقبل بعد يوم الفطر شهرين لانقطاع التتابع في حق صوم الكفارة وكذلك لو دخل صومه يوم النحر أو أيام التشريق فعليه استقبال الصوم صام في هذه الايام أولا لان الصوم في هذه الايام منهى عنه فلا يتأدى به الواجب في ذمته وينقطع التتابع بتخلل هذه الايام لانه يجد شهرين خاليين عن هذه الايام ﴿ قال ﴾ ولا يجزى الصوم لمن له خادم لانه واجد لما يتأدى به الاصل فلا يتأدى الواجب بالبدل بخلاف من له مسكن فقط لانه غير واجد لما هو الاصل وهو محتاج الى المسكن فجعل ملكه فيه كالمعدوم لكونه مشغولا بحاجته وقد بينا في كتاب الزكاة ان ملك المسكن يزيد في حاجته والخادم كذلك الا انه عين المنصوص عليه فلا معتبر بالمعنى فيه وان كان له دراهم أو دنانير يجد بها رقبة لم يجز الصوم لقوله تعالى فمن لم يجد والواجد لثمن الرقبة كالواجد لعينها ألا ترى ان في حكم التيمم الواجد لثمن الماء كالواجد لعينه وهذا لان الوجود عبارة عن التيسر دون الغنى وبملك الدراهم والدنانير يتيسر عليه تحصيل مايعتق ويسار التيسر ينفي الشرط المنصوص وهو عدم الوجود ﴿قال﴾ واذا ظاهر من أربع نسوة له فاعتق رقبة ليس له غيرها ثم صام أربعة أشهر متتابعة ثم مرض فاطعم ستين مسكينا ولم ينو في ذلك واحدة بعينها أجزأه عنهن استحسانا لما بينا ان نية التمييز غير معتبرة في الجنس الواحد وقد أعتق حين وجد ثم صام حين لم يجد مايعتق وذلك كفارته ثم أطعم حين لم يستطع الصوم وذلك كفارته لان المعتبر عدم الاستطاعة عند التكفير بالاطعام وذلك يتحقق بمرضه ولا يشترط استدامة العذر بعد التكفير ثم فيما أدى وفاء بالواجب عليه فيجزيه ﴿قال﴾ واذا بانت من المظاهر امرأته ثم كفر عنها وهي تحت زوج أو مرتدة لاحقة بدار الحرب جازت الكفارة عنه لان الحرمة الثابتة بالظهار باقية بعد البينونة والكفارة واجبة بدليل أنه لو تزوجها لم يكن له أن يقربها حتى يكفر ولو سقطت لم يعد بالتزوج واذا ثبت بقاء الواجب صح إسقاطه بادائه وان كانت لا تحل له للحال لكونها مرتدة أو ذات زوج وهذا لان اداء الكفارة يرفع الحرمة الثابتة بالظهار

ولا يوجب حل المحل ﴿ قال ﴾ واذا ارتد الزوج والعياذ بالله ثم اعتق عبدا له عن ظهاره ثم أسلم أجزى عنه وهذا بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الظهار يبقى بعد ردته عنده وطعن عيسى رحمه الله تعالى فقال هذا الجواب غلط لان الكفارة انما تتأدى بعتق هو قربة خالصة ولهذا لا يتأدى بالعتق بجعل والمرتد ليس من أهل القربة ولا تتأدى الكفارة الابنية العبادة والمرتد ليس من أهلها وما ذكره فى الكتاب أصح لان تصرفات المرتد موقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانما ينفذ عتقه بعد اسلامه وكما توقف أصل عتقه توقف نيته فيصير بعد الاسلام كالمجدد لذلك كله ولا يبعد ان يتوقف حكم النية كمن أبهم النية عند الاحرام تتوقف على ان يكون حجا أو عمرة لتعيينه في الثاني ويجعل عند التعيين كانه جدده وهذا لانه بعدما أسلم يبطل حكم ردته ولهذا يعاد اليه من أملاكه ما كان قائما بعينه في يد وارثه فكذلك يبطل ما ينبني على ردته وهو فساد نيته ﴿قال﴾ وان أكل في صوم الظهار ناسياً لصومه لم يضره وكذلك ان جامع غير التى ظاهر منها لان حرمة هذا الفعل عليه لاجل الصوم فيختلف بالنسيان والعمد بخلاف مالو جامع التى ظاهر منها عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان حرمة ذلك الفعل ليس لاجل الصوم ألا ترى انه كان محرما قبل الشروع في الصوم فيستوى فيه النسيان والعمد ثم ان صام المظاهر شهرين بالاهلة أجزأه وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام لغير الاهلة ثم أفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستقبال لان الاهلة أصل والايام بدل كما قال صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا شعبان ثلاثين يوما فعند وجود الاصل وهي الاهلة لامعتبر بالايام وعند عدم الاصل الاعتبار بالايام فلا يتم الشهران الا بستين يوما فان صام خمسة عشر يوما ثم صام شهراً بالاهلة تسعة وعشرين ثم خمسة عشر يوما اجزأه وهذا بناء على قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجزيه وقد بينا هذا في حكم العدة ان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا كان ابتداء الشهر بالايام يعتبر كله بالايام لانه مالم يتم الشهر الاول لايدخل الشهر الثاني وعندهما الاعتبار بالايام فيما تعذر عليه الاعتبار بالاهلة وهو الشهر الواحد فقط والله أعلم

باب الاطعام فى الظهار

﴿قال﴾ رضى الله عنه ويجزيه ان يدعو ستين مسكينا فيغديهم ويعشيهم وهو قول علمائنا ان

الاطعام في الكفارات يتأدى بالتمكين من الطعام وعند الشافعي لا يتأدى الا بالتمليك من الفقير وكان أحمد بن سهل رضى الله تعالى عنه يقول لايتأدى بالتمليك وانما يتأدى بالتمكين فقط لظاهر قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والاطعام فعل متعد ولازمه طعم يطعم وذلك الاكل دون الملك ففي التمليك لايوجد الاطعام وانما يوجد ذلك فى التمكين لانه لايتم ذلك الابان يطعم المسكين والكلام محمول على حقيقته والشافعي رحمه الله يقول الاطعام يذكر للتمليك عرفا يقول الرجل لغيره أطعمتك هذا الطعام أى ملكتك والمقصود سد خلة المسكين واغناؤه وذلك يحصل بالتمليك دون التمكين فاذا لم يتم المقصود بالتمكين لايتأدى الواجب كما في الزكاة وصدقة الفطر وقاس بالكسوة فانه لو أعار المساكين ثيابا فلبسوا بنية الكفارة لايجوز فكذلك الاطعام والجامع انه أحد أنواع التكفير ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك ان المنصوص عليه الاطعام وحقيقة ذلك في التمكين والمقصود به سد الخلة وفى التمليك تمام ذلك فيتأدي الواجب بكل واحد منهما أما بالتمليك فلان الاكل الذى هو المنصوص جزء مما هو المقصود بالتمليك لانه اذا ملك فاما ان يأكل أو يصرف الى حاجة أخرى فيقام هذا التمليك مقام ماهو المنصوص عليه لهذا المعنى ويتأدي بالتمكين لمراعاة عين النص والدليل عليه انه يشبهه بطعام الاهل فقال من أوسط ماتطعمون أهليكم وذلك يتأدي بالتمليك تارة وبالتمكين أخري فكذا هذا لان حكم المشبه حكم المشبه به وليس هذا كالكسوة لان الكسوة بكسر الكاف عين الثوب فأما الفعل بفتح الكاف كسوة وهو الالباس فثبت بالنص أن التكفير بعين الثوب لابمنافعه والاعارة والالباس تصرف فى المنفعة فلا يتأدي به الواجب فأما فى التمكين من الطعام المسكين طاعم للعين وبالتمكين يحصل الاطعام حقيقة وهذا بخلاف الزكاة فالواجب هناك فعل الايتاء بالنص وفى صدقة الفطر الواجب فعل الاداء وذلك لايحصل بالتمكين بدون التمليك وبمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن فقه الرجل ثم المعتبر فى التمكين أكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غدا آن أو عشا آن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة ويستوى فى خبز البر أن يكون مأدوما أو غير مأدوم وفي الكتاب أطلق الخبز ومراده خبز البر وقد فسره في الزيادات وهذا لان المسكين يستوفى منه حاجته وان لم يكن مأدوما بخلاف خبز الشعير فانه لايستوفي منه تمام حاجته الا اذا كان مأدوما وكذلك لو غداهم وعشاهم بسويق وتمر

قالوا وهذا في ديارهم فانهم يكتفون بذلك عادة ويستوفون منه حاجتهم فأما فى ديارنا لا بد من الخبز وهذا كله بمنزلة طعام الأهل ويعتبر فيه الا كلتان المشبعتان مما يكون معتاداً في كل موضع فقد قالت الصحابة رضوان الله عليهم أعلى مايطعم الرجل أهله الخبز واللحم وأوسط مايطعم الرجل أهله الخبز واللبن وأدني مايطعم الرجل أهله الخبز والملح ﴿ قال ﴾ وان اختار التمليك أعطي كل مسكين نصف صاع من بر أو دقيق أوسويق أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير لا يجزئه دون ذلك عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لكل مسكين مدّ من بر لحديث الاعرابي في كفارة الفطر فان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على ستين مسكينا ولكنا نستدل بحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر البياضى رضى الله عنهما فقد ذكر فى الحديثين اطعام ستين مسكينا لكل مسكين نصف صاع من برّ وحديث عليّ وعائشة رضى الله عنهما قالا لكل مسكين مدان من برّ وعن عمر وابن عباس رضى الله عنهما لكل مسكين نصف صاع من حنطة ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيكون نظير صدقة الفطر ولا يتأدى ذلك بالمد بل بما قلنا فكذلك هذا وذكر فى بعض الروايات فى حديث الاعرابى فرقها ومثلها معها ثم هذا الاستدلال من الشافعى رحمه الله تعالى لا يستقيم لان الصاع لا يتقدر بأربعة امناء عنده وان أعطى قيمة الطعام كل مسكين أجزأه لحصول المقصود وهو سد الخلة وهو عندنا وقد بيناه فى الزكاة ﴿ قال ﴾ وان أعطى من صنف من ذلك أقل مما سميناه وهو يساوى كمال الواجب من جنس آخر لم يجزه الا عن مقداره معناه اذا أعطى كل مسكين مدا من بر يساوى صاعا من شعير أو نصف صاع من تمر يساوى نصف صاع من حنطة وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يجزئه لان المقصود يحصل بالمؤدى وهو كاعطاء القيمة ألا ترى أنه لو كسا عشرة مساكين ثوباواحداً في كفارة جاز عن الطعام اذا كانت قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام ولكنا نقول المؤدى عين المنصوص ولا معتبر بالمعنى فى المنصوص بل يعتبر عين النص بخلاف الكسوة فالمنصوص عليه مايحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لايحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبر المعنى فيه توضيحه ان في اقامة صنف مقام صنف ابطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وكل تعليل يتضمن ابطال النص فهو باطل وليس فى الكسوة تقدير منصوص عليه فاقامته مقام الطعام لايؤدى الى ابطال التقدير المنصوص

عليه ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة يجوز اقامة أحدهما مقام الآخر والمقصود بأصناف الطعام واحد فاعتبار عين المؤدى فيه أولى فاذا كان المؤدى لكل مسكين مدا من بر كان عليه ان يعيد على كل واحد منهم بمد آخر ليصل الى كل واحد منهم ماقدر نصا ﴿ قال ﴾ وان لم يجدهم استقبل الطعام ولا يجزئه أن يطعم ستين مسكيناً آخرين مدأمداً لان الواجب عليه ايصال نصف صاع الى كل مسكين ليحصل به سد الخلة وزوال الحاجة فى يومه وذلك لا يحصل بصرف نصف الوظيفة الى كل مسكين ﴿ قال ﴾ ولو أعطى كل مسكين مدا من بر ومدين من شعير أو تمر اجزأه لان كل واحد منهما أصل والمقصود يحصل بأداء نصف الواجب من كل صنف وهو زوال حاجته فى يومه ولو أطعم الطعام كله مسكينا واحداً لم يجزه فى دفعة واحدة لان الواجب تفريق الفعل بالنص فاذا جمع لا يجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة ولو أعطاه فى ستين يوما أجزأه عندنا ولا يجزئه عند الشافعى رحمه الله تعالى لان الواجب عليه بالنص اطعام ستين مسكينا والمسكين الواحد بتكرر الايام لا يصير ستين مسكينا فلا يتأدى الواجب بالصرف اليه وشبه هذا بالشهادة فان الشاهد الواحد وان كرر شهادته فى مجلسين لا يصير فى معني شاهدين ولكنا نقول فيما هو المقصود المسكين الواحد بتجدد الايام فى معنى المساكين لأن المقصود سد الخلة وذلك يتجدد له بتجدد الايام فكان هو فى اليوم الثاني فى المعني مسكيناً آخر لتجدد سبب الاستحقاق له ولان الاطعام يقتضى طعاما لا محالة فمعنى الآية فاطعام طعام ستين مسكينا وقد أدى ذلك وبه فارق الشهادة لان المقصود طمأنينة القلب هناك وبتكرار الواحد شهادته لا يحصل هذا المقصود ولم يذكر مالو فرق الفعل في يوم واحد ولا اشكال فى طعام الاباحة أنه لا يجوز الا بتجدد الايام لان الواحد لا يستوفى فى يوم واحد طعام ستين مسكينا فأما في التمليك فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى يجوز لان التمليك أقيم مقام حقيقة الاطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك فى يوم واحد كما في الايام واستدلوا على هذا بما ذكر في كتاب الأيمان أنه لو كسا مسكينا واحدا فى عشرة أيام كسوة عشرة مساكين أجزأه لتفرق الفعل وان انعدم تجدد الحاجة فى كل يوم والدليل عليه أنه بعد ما أخذ وظيفته فى ذلك اليوم لو صرف اليه رجل آخر طعام مسكين عن كفارته يجوز ذلك فكذلك اذا صرف اليه ذلك الرجل طعام مسكين آخر وبعضهم

قالوا لا يجوز لان المعتبر سد الخلة ولهذا لا يجوز صرفه الى الغنى لانه طاعم بملكه واطعام الطاعم لا يتحقق كما أن التمليك من المالك لا يتحقق وبعد ما استوفي وظيفته في هذا اليوم لا يحصل سد خلته بصرف وظيفة أخرى في هذا اليوم اليه بخلاف كفارة أخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن أن يجعل مثله فى حق هذه الكفارة وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف باختلاف أحوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيراً ﴿قال﴾ ولو أطعم ستين مسكيناً كل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين فى امرأة واحدة أو امرأتين لم يجز الا من احدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ويجزئه فى قول محمد رحمه الله تعالى لان فى المؤدى وفاء بوظيفة الكفارتين والمصروف اليه محل الكفارتين فيجزئه كما لو أعطى عن كفارة نصف صاع على حدة لكل مسكين والدليل عليه لو كانت الكفارتان من جنسين إحداهما كفارة الظهار والاخرى كفارة الفطر أجزأ عنهما بالنية بالاجماع فكذلك اذا كانتا من جنس واحد وهما يقولان زاد فى الوظيفة ونقص عن المحل فلا يجزئه الا بقدر المحل كما لو أعطي ثلاثين مسكينا فى كفارة واحدة كل مسكين صاعا وبيان ذلك أن الواجب عليه فى كل كفارة طعام ستين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا وقد نقص عن المحل وزاد فى الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد أدي صاعا وحقيقة المعنى فيه ان فى الجنس الواحد كما لا تعتبر نيته فى التمييز لا تعتبر نيته فى العدد فنيته عن ظهارين وعن ظهار واحد سواء بخلاف ما اذا كانتا من جنسين لان نية التميين معتبرة عند اختلاف الجنس فكذلك تعتبر نيته عن الكفارتين ليكون عن كل واحدة منهما نصف المؤدى ﴿قال﴾ ولا يجزئه أن يعطى من هذه الكفارة من لا يجزئه أن يعطيه من زكاة المال وقد بينا ذلك فى كتاب الزكاة الا فقراء أهل الذمة فانه يعطيهم من هذه الكفارة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفقراء الاسلام أحب الينا ولا يجزيه أن يعطى فقراء أهل الحرب وان كانوا مستأمنين في دارنا وقد بينا هذا الفصل بتمامه فى صدقة الفطر وروي أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى ان ما أوجبه على نفسه بنذره يجوز صرفه الى فقراء أهل الذمة فاما ما أوجبه الله تعالى عليه لا يصرفه الا الى فقراء المسلمين كالزكاة وهذه الرواية مخالفة للرواية المشهورة عن أبى حنيفة رحمه الله تعالي ﴿قال﴾ فان أعتق عبداً حربيا في دار الحرب لم يجزه عن

الظهار لانه معتق بلسانه مسترق بيده وهو محل للاسترقاق فلا ينفذ عتقه فان أعتقه في دار الاسلام أجزأه لان عتقه ينفذ في دار الاسلام وهو ذمي تبع لمولاه ألا ترى أنه لا يمكن من الرجوع الى دار الحرب فهو كاعتاق الذمي وقد بيناه ولم يذكر اعتاق العبد المرتد عن ظهاره وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان المرتدة تجزى بخلاف المرتد لان المرتد مشرف على الهلاك فانه يقتل بخلاف المرتدة وذكر الكرخي في المختصر أنه لو أعتق عبداً حلال الدم عن الظهار أجزأه لان العتق يتحقق فيه وما عليه حق مستحق فلا يمنع جواز التكفير به كما لو كان مديونا أو مرهونا ﴿قال﴾ ولو أعتق المديون جاز عن الكفارة وان كان عليه السعاية في الدين وكذلك لو أعتق المرهون جاز عن الكفارة وان كان الراهن معسراً وسعى العبد في الدين لان تلك السعاية ليست في بدل رقبته حتى يرجع به على الراهن اذا أيسر فلا يكون هذا عتقاً بجعل بخلاف المريض مرض الموت اذا أعتق عبداً عن ظهاره ولا مال له سواه لانه يسعى في ثلثي قيمته للورثة وتلك السعاية بدل رقبته فيكون ذلك في معنى عتق بجعل ﴿قال﴾ ولو تصدق عنه رجل بغير أمره لم يجزه لان أحداً لا يملك أن يدخل الشيء في ملك غيره بغير رضاه وبدون ملكه لا تتأدى كفارته ولو تصدق عنه بأمره أجزأه وقد بينا الفرق بينه وبين العتق وقررنا طريق الحق أنه يجعل المسكين نائبا في القبض له أولا ثم لنفسه وان صام عنه بأمره أو بغير أمره لا يجزئه لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه لا يصوم أحد عن أحد وقد بينا هذا في كتاب الصوم والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الايلاء

﴿قال﴾ رضي الله تعالى عنه الايلاء في اللغة هو اليمين قال القائل

قليل الألايا حافظ ليمينه   وان بدرت منه الالية برت

وفي الشريعة عبارة عن يمين يمنع جماع المنكوحة هكذا نقل عن ابراهيم رحمه الله وقد كان الايلاء طلاقا في الجاهلية فجعله الشرع طلاقا مؤجلا بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر واذا حلف الرجل لا يجامع امرأته أبداً أو لم يقل أبداً فهو مول لان مطلق اللفظ فيما يتأبد يقتضي التأبيد وبعد ما صار موليا ان جامعها قبل تمام أربعة أشهر فعليه كفارة

اليمين لوجود شرط الحنث وقد سقط الايلاء لان ثبوت حكم الايلاء بقصده الاضرار والتعنت بمنع حقها بالجماع وقد زال ذلك حين أوفاها حقها وهو الفيء المذكور في قوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم لان الفيء عبارة عن الرجوع يقال فاء الظل اذا رجع وقد رجع عما قصد من الاضرار حين جامعها ولهذا قال بعض الناس ليس عليه كفارة لان الله تعالى وعده بالرحمة والمغفرة بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم ولكنا نقول حكم الكفارة عند الحنث ثابت بقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وان مضت المدة قبل أن يفيء اليها طلقت تطليقة بائنة عندنا وكان معنى الايلاء ان مضت أربعة أشهر ولم اجامعك فيها فانت طالق تطليقة بائنة هكذا نقل عن علي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وعائشة رضوان الله عليهم أجمعين قالوا عزيمة الطلاق مضي المدة وعند الشافعي لايقع الطلاق بمضي المدة ولكنه يوقف بعد المدة حتى يفيء اليها أو يفارقها فان أبى ان يفعل فرق القاضي بينهما وكان تفريقه تطليقة بائنة والكلام في فصلين ﴿ أحدهما ﴾ ان عنده الفيء بعد مضي المدة لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فبين ان هذه المدة للزوج لاعليه وانما تكون المدة له اذا كان الأمر موسعاً عليه والتضييق بعده فاما اذا كان مطالباً بالجماع في المدة فلا تكون المدة له ثم قال الله تعالى فان فاؤوا وحرف الفاء للتعقيب عرفنا ان الفيء الذي يؤمر به الزوج بعد مضي المدة وعندنا الفيء في المدة بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فان فاؤا فيهن وقراءته لاتتخلف عن سماعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم والتقسيم في قوله تعالى وان عزموا الطلاق دليل على ان الفيء في المدة وعزيمة الطلاق بعده كما في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف والامساك بالمعروف بالمجامعة في المدة والتسريح بالاحسان بتركها حتى تبين بمضي المدة وهذا التربص مشروع للزوج لان الايلاء كان طلاقا معجلا فجعل الشرع للزوج فيه مدة أربعة أشهر حتى مكنه من التدارك في المدة وجعل الطلاق مؤخراً الى مابعد المدة ﴿ والفصل الثاني ﴾ أن الفرقة عنده لاتقع الا بتفريق القاضي بينهما أو بايقاع الزوج الطلاق لان الله تعالى قال فان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وهو اشارة الى ان عزيمة الطلاق بما هو مسموع وذلك بايقاع الطلاق أو تفريق القاضي والمعنى فيه أن التفريق بينهما لدفع الضرر عنها عند فوت الامساك بالمعروف فلا يقع الا بتفريق القاضي كفرقة العنين فان بعد مضي المدة

هناك لا تقع الفرقة الا بتفريق القاضي بل أولى لان الزوج هناك معذور وهنا هو ظالم متعنت والقاضي منصوب لازالة الظلم فيأمره أن يوفيها حقها أو يفارقها فان أبي ناب عنه في ايقاع الطلاق وهو نظير التفريق بسبب العجز عن النفقة على قوله ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى وان عزموا الطلاق فذكر عزيمة الطلاق بعد ذكر المدة فهو اشارة الى أن ترك الفيء في المدة عزيمة الطلاق عند مضي المدة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عزيمة الطلاق مضى أربعة أشهر وقد أضاف الى الزوج فدل أن الطلاق يتم به من غير حاجة الى قضاء القاضي ومعنى قوله تعالى فان الله سميع عليم سميع لايلائه عليم بقصده الاضرار ولان هذه المدة مدة تربص بعد ما أظهر الزوج من نفسه أنه غير مريد لها فتبين بمضيها كمدة العدة بعد الطلاق الرجعي ولا فرق لان هناك الزوج بالطلاق يظهر كراهية صحبتها فيصير في المعنى كأنه علق البينونة بمضى المدة قبل أن يراجعها وهنا هو بيمينه يظهر كراهيتها فيصير كأنه علق البينونة بمضى الوقت قبل أن يفيء اليها ولهذا جعلنا الواقعة تطليقة بائنة لان المقصود دفع ضرر التعليق عنها وذلك لا يحصل بالتطليقة الرجعية ولكن العدة هنا تجب هنا بعد وقوع الطلاق بمضي المدة لان وقوع الطلاق بعده وهناك الطلاق كان واقعا فجعلنا الاقراء محسوبة من العدة وكذلك لو حلف لا يقربها أبداً لان القربان متى ذكر مضافا الى النساء فالمراد به الجماع وان قال الزوج لم أعن الجماع لم يصدق في القضاء لانه قصد تغيير اللفظ عن الظاهر المتعارف فلا يصدق في القضاء هنا ولا في الفصل الاول ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان حقيقة معنى الجماع هو الاجتماع ففيما نوى به مما سوى الجماع هو محتمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وان حلف لا يدخل عليها وقال لم أعن الجماع فهو مصدق في القضاء لان الدخول عليها لفظ مشترك يستعمل في الجماع والزيارة وغير ذلك فالمنوى غير مخالف للظاهر وحرف الصلة يدل عليه وهو على فانه اذا كان المراد الجماع يقال دخل بها وكذلك لو حلف ليغيظنها أو ليسوءنها أو لايجمع رأسه ورأسها شيء أو لايمسها وفي نسخ أبي سليمان أو لايلامسها فهذه الالفاظ تطلق في الجماع وغير الجماع فان نوى بها الجماع كان موليا وان نوى غير الجماع لم يكن موليا لان المولى من لايتمكن من الجماع في المدة الا بشيء يلزمه حتى يتحقق اضراره بمنع حقها في الجماع وان حلف لايمس جلده جلدها وعنى به حقيقة المس فالحنث هنا يحصل بدون الجماع

فلا يكون ايلاء ويمكنه أن يجامعها من غير أن يلزمه شئ بان يلف آلته في حريرة ثم يدسه فيها وقال فى رواية أبي حفص رحمه الله تعالى اذا حلف لا يأتيها وعنى الجماع فهو مول وان قال لم أعن الجماع صدق فى القضاء مع يمينه لان الاتيان قد يراد به الجماع ويراد به الزيارة أو الضرب فكان اللفظ محتملا والمحتمل لا يوجب شيئاً بدون النية وكذلك لو حلف لا يغشاها فهو مدين فى القضاء لان الغشيان يراد به الجماع قال الله تعالى فلما تغشاها ويراد به غير الجماع قال الله تعالى واذا غشيهم موج وكذلك لو حلف لا يقرب فراشها فلفظ القرب اضافه الى فراشها لا اليها ولذلك يحتمل الجماع وغيره فان عني الجماع فهو مولٍ والا فليس بمول لانه يتمكن من ان يجامعها من غير حنث إما على الارض أو بان تدخل هى فراشه من غير أن يقرب هو فراشها وان حلف لا يباضعها فهو مولٍ ولا يصدق فى القضاء لان ظاهر اللفظ للجماع فان المباضعة ادخال البضع في البضع فلا يصدق فى صرف اللفظ عن ظاهره وكذلك لو حلف لا يغتسل منها من جنابة لان الاغتسال منها انما يكون بالجماع فى الفرج خاصة فأما بالجماع فيما دون الفرج يكون اغتسالا من الانزال لا منها واذا كان ظاهر لفظه للجماع فى الفرج لم يصدق فى صرف اللفظ عن ظاهره وكان موليا بمنعه حقها بيمينه فان حقها فى الجماع فى الفرج لا فيما دونه ﴿ قال ﴾ واذا حلف لا يقربها أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا عندنا وقال ابن أبي ليلى هو مول ان تركها أربعة أشهر بانت بالتطليقة وهكذا كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول في الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله وابن أبي ليلى استدل بظاهر الآية قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والايلاء هو اليمين فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة ولكنا نقول المولى من لا يملك قربان امرأته فى المدة الا بشئ يلزمه واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضى الشهر من غير أن يلزمه شئ فلم يكن موليا كما فى ترك مجامعتها مدة بغير يمين ﴿ قال ﴾ وكل ماحلف به على أربعة أشهر أو أكثر أن لا يقربها مما يكون به حالفاً فهو مول عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى اذا عقد يمينه على أربعة أشهر لم يكن موليا بناء على الاصل الذى بينا أن تضييق الامر عنده بعد مضي المدة فاذا كانت المدة أربعة أشهر ينتهى اليمين بمضيها فلا يمكن تضييق الامر عليه بعد ذلك لانه يتمكن من قربانها من غير أن يلزمه شئ واذا كانت المدة أكثر

من أربعة أشهر فتضييق الامر عليه بعد مضى المدة ممكن وعندنا مجرد مضى المدة عزيمة الطلاق فاذا كانت المدة أربعة أشهر يتم معني الايلاء به وتقع الفرقة بمضيه ثم اليمين نوعان أحدهما مايقصد به تعظيم المقسم به والثانى الشرط والجزاء والاول يعرفه أهل اللغة فاماالشرط والجزاء يمين عند الفقهاء ولا يعرفه أهل اللغة وبكل واحد من النوعين يثبت حكم الايلاء فاذا قال أحلف أو أحلف بالله لا أقربك فهو مول عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى فى قوله أحلف بالله كذلك فاما فى قوله أحلف عنده لايكون يمينا ولكنه وعدأن يحلف بهذا اللفظ ﴿ ولكنا ﴾ نستدل بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم فدل ان كل واحد منهما يمين سواء ذكر قوله بالله أو أطلق لان الحلف فى الظاهر يكون بالله وكذلك لو قال أشهد أوأشهد بالله فعند زفر رحمه الله تعالى قوله أشهد لايكون يمينا بل يكون هذا اللفظ للشهادة فاذا قال بالله كان يمينا ولكنا نقول كل واحد من اللفظين يمين سواء ذكر قوله بالله أو أطلق قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله الى قوله اتخذوا ايمانهم جنة فقد سمي شهادتهم يمينا وقال الله تعالى أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين واللعان يمين قال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لى ولها شأن ولان قول الشاهد بين يدى القاضي أشهد فى معنى اليمين ولهذا عظم الوزر في شهادة الزور لانه بمعنى اليمين الغموس وكذلك قوله أقسم أو أقسم بالله فعند زفر رحمه الله تعالى قوله أقسم لايكون يمينا كقوله أحلف ولكنا نستدل بقوله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون والاستثناء فى اليمين وقال الله تعالى واقسموا بالله جهد ايمانهم وكذلك لوقال اعزم أو اعزم بالله فان العزم آكد مايكون من العهد وذلك يكون باليمين وكذلك لو قال على نذر أو نذر لله قال صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وكذلك لو قال عهد الله على فالعهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم معناه اذا حلفتم بدليل قوله تعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وكذلك قوله على ذمة الله لان الذمة عبارة عن العهد قال الله تعالى لا يرقبون فى مؤمن الاً ولا ذمة وقال صلى الله عليه وسلم اذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله فلا تعطوهم وأهل الذمة هم أهل العهد وكذلك لو قال هو يهودي أونصرانى أومجوسى أو برئ من الاسلام ان قربتك فهو مول وعند الشافعى رضى الله عنه لايكون موليًا بهذه الالفاظ لانه لايلزمه عين ما التزم عند القربان فلا يلزمه غيره كما

لو قال هو مستحل الميتة ان قربتك ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضي الله عنه وهو بناء
على مسئلة تحريم الحلال فان تحريم الحلال عندنا يمين فتحليل الحرام كذلك وتحريم الكفر
بانة مصمتة فاستحلالها يمين لما علقه بالقربان بخلاف استحلال الميتة فان حرمتها ليست بباتة
ولكنها تنكشف عند الضرورة وسنقرر هذا الفصل في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى وكذلك
قوله وعظمة الله أو وعزة الله أو وقدرة الله فهذا وقوله والله سواء لان معني كلامه والله
العظيم والله العزيز والله القادر وسنقرر حكم اليمين بصفات الله تعالى وكذلك ان حلف على
ذلك بعتق أو طلاق فهو مول لانه لا يتمكن من قربانها فى المدة لا بشئ يلزمه ولان الشرط
والجزاء يمين قال صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق أو عتاق فقد سماه حالفاً وكذلك
ان حلف على ذلك بحج أو هدى أو عمرة أو صوم جعل لله عليه ان قربها لا نه يتحقق بهذا
منع القربان حين علق بالقربان ما يكون ممتنعا من التزامه عادة وتلحقه مشقة فى أدائه واذا قال
والقرآن لا أقربك لا يكون موليا لان الناس لم يتعارفوا الحلف بالقرآن والمعتبر فى الايمان
العرف فكل لفظ لم يكن الحلف به متعارفا لا يكون يمينا وهذا اللفظ انما يذكر فى الكتاب
خاصة وقد طعن عليه بعض الناس فقالوا القرآن كلام الله تعالى والكلام صفة المتكلم فلماذا
لم يجعل الحلف بهذه الصفة يمينا ولكنا نقول كلام الله تعالى صفته ولكن الحلف به غير
متعارف فكان هذا بمنزلة قوله وعلم الله على ما نبينه فى الايمان وعلى هذا لخلاف ما لو قال
هو برئ من القرآن ان قربتك فهو مول لان البراءة من القرآن كفر فهو بمنزلة قوله هو
برئ من الاسلام ان قربتك وان قال والكعبة أو الصلاة أو الزكاة لا أقربك أو حلف على
ذلك بشئ من طاعة الله أو بشيء من الحدود لا يكون موليا لانه حلف بغير الله وهو منهي
عنه ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سمع عمر رضى الله تعالى عنه يقول
وأبي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا
فليحلف بالله أو فليذر فدل أن الحلف بغير الله لا يكون يمينا شرعا وان قال بالله لا أقربك
فهو مول وحروف اليمين ثلاثة الباء والواو والتاء فأعمها الباء حتي تدخل فى اسم الله وفى
غير اسم الله تعالى وفى المضمر والمظهر والواو أخص منها فانها تدخل في المظهر دون المضمر
ولكنها تدخل في اسم الله وفي غير اسم الله تعالى والتاء أخص منها فانها لا تدخل الا فى
اسم الله تعالى مظهراً قال الله تعالى وتالله لأكيدن أصنامكم وكذلك لو قال وأيم الله أو

لعمرو الله لان الناس تعارفوا الحلف بهذه الالفاظ وقيل معنى قوله وأيم الله أى وأيمن الله فيكون جمع اليمين ولعمرو الله أى والله الباقى وفى قوله لعمرك دليل على أن هذا اللفظ يمين وان قال آلله لاأقربك فهو مول أيضا والكسرة فى الهاء دليل على محذوف وهو القسم ولا يصدق فى الحكم أنه لم يرد به الايلاء لانه خلاف الظاهر وان قال قولا لايقربها ولم يحلف لايلزمه شئ هكذا نقل عن عائشة رضى الله تعالى عنها ولان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم والايلاء يمين فبدون يمينه كان كلامه وعداً والمواعيد لايتعلق بها اللزوم فهو يتمكن من قربانها من غير أن يلزمه شئ وان حلف لايقربها فى مكان كذا أو في مصر كذا أوقال في أرض العراق لم يكن موليا عندنا وقال ابن أبى ليلى هو مول لانه قصد الاضرار والتعنت بيمينه فلزمه حكم الايلاء ولكنا نقول اليمين اذا وقتت بمكان توقتت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شئ فلا يتحقق به منع حقها فى الجماع ﴿ قال ﴾ ولو حلف لا يقربها وهى حائض لم يكن موليا لانه حلف على أقل من أربعة أشهر فان الحيض لايمتد الى أربعة أشهر ولانه لاحظ لها فى الجماع في حالة الحيض فلا يكون مانعاً حقها بهذه اليمين فان قيل فعلى هذا لوحلف على أربعة أشهر ينبغى ان لاتعتبر مدة الحيض فيبقى يمينه على أقل من أربعة أشهر قلنا هذا ان لو كانت هذه المدة ثابتة بالمعنى وثبوتها بالنص فلا يجوز الزيادة عليها بالرأى وان حلف لايقربها حتى يقدم فلان أو حتى يفعل هو شيئاً يقدر على فعله قبل مضى أربعة أشهر فليس بمول لانه يقدر على ان يجامعها بعد وجود ماجعله غاية قبل مضى أربعة أشهر وان تأخر ذلك أربعة أشهر لم يضره لانه بأصل اليمين لم يكن موليا فلا يصير مولياً بترك المجامعة بعد ذلك كما لو ترك المجامعة بغير يمين وان حلف لايقربها حتى يفعل شيئاً يعلم أنه لايقدر عليه فهو مول معناه حتي يمس السماء أو يحول هذا الحجر ذهباً لانه اذا لم يكن فى مقدوره ذلك الفعل كان مقصوده من جعله غاية تحقيق معنى التأبيد وعلى هذا لوقال والله لاأقربك حتي تخرج الدابة أو الدجال أو حتى تطلع الشمس من مغربها فهو مول استحسانا وفي القياس ليس بمول لانه ماجعله غاية يتوهم وجوده قبل مضى أربعة أشهر ولكنا نقول مقصود الزوج بهذا المبالغة فى النفي لاالتوقيت فيتحقق به معنى الايلاء ﴿ قال ﴾ واذا حلف لايقربها سنة الا يوما لم يكن موليا عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى هو مول لان اليوم المستثني من آخر

السنة كما فى الاجارة والآجال وهو لا يملك قربانها فى المدة الا بكفارة تلزمه والدليل عليه أنه لو قال سنة بنقصان يوم كان موليا فكذلك اذا قال الا يوما ولكنا نقول استثني يوما منكراً فما من يوم بعد يمينه الا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها من غير ان يلزمه شئ والذى قال ان اليوم من آخر السنة غير صحيح لان المستثنى منكر فلو جعلناه من آخر السنة لم يكن منكراً وتغيير كلامه من غير حاجة لايجوز وفى الآجال والاجارة دعت الحاجة الى ذلك لانا لو جعلنا اليوم منكراً فيهما لم يصح العقد للجهالة ولا يحصل المقصود وهو تأخر المطالبة والتمكن من استيفاء المنفعة وهنا لاحاجة لان الجهالة لاتمنع انعقاد اليمين فلهذا جعلنا اليوم المستثنى منكراً كما نكره بخلاف قوله بنقصان يوم لان النقصان لايكون الا من آخر المدة وذلك تنصيص على ان يكون المستثني آخر يوم من السنة فاذا ثبت انه ليس بمول عندنا قلنا اذا قربها فى يوم فهذا اليوم هو اليوم المستثنى فلا يكون موليآ حتى يمضي ذلك اليوم ثم ينظر بعدمضيه فان كان الباقى من السنة أربعة أشهر أوأ كثر فهو مول وان كان الباقى دون أربعة أشهر فليس بمول لان الاستثناء قد ارتفع وصارت اليمين مطلقة فى بقية المدة وكذلك لو قال والله لا أقربك سنة الامرة لم يكن موليآ لانه متمكن من قربانها بسبب الاستثناء من غير ان يلزمه شئ فاذا قربها مرة ارتفع الاستثناء وصارت اليمين مطلقة فان بقي بعد فراغه من الجماع من السنة أربعة أشهر أو أكثر فهو مول وان كان الباقى دون ذلك لم يكن موليآ فان وصل قوله ان شاء الله بيمينه لم يكن موليآ لان الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وأن اشترط مشيئتها ومشيئة فلان فهو على المجلس وقد بينا نظيره فى الظهار ﴿ قال ﴾ واذا قال لامرأته أنا منك مول وعني الايجاب فهو مول كما فى قوله أنا منك مظاهر لانه أضاف لفظه الى محله فان الرجل يكون موليا من امرأته وان قال عنيت الخبر بالكذب لم يدين فى فى القضاء لان ظاهر كلامه ايجاب وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لان صيغة الايجاب والاخبار في الايلاء واحد والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار لا يصير صدقا ﴿قال﴾ واذا حلف على أربع نسوة لايقربهن فهو مول منهن ان تركهن أربعة أشهر بالايلاء عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يكون موليا حتى يقرب ثلاثا منهن فحينئذ يكون موليا من الرابعة لانه يملك قربان كل واحدة منهن من غير أن يلزمه شئ فلم يكن موليا حتى يقرب ثلاثا منهن فحينئذ لا يملك

قربان الرابعة الا بكفارة تلزمه لانه يتم شرط الحنث بقربانها فيكون موليامنها ويكون معني كلامه ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة ﴿وجه قولنا﴾ أنه مضار متعنت في حق كل واحد منهن بمنع حقها من الجماع فيكون موليا من كل واحدة منهن كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا تجب مالم يتم شرط الحنث ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الآخرة فقط بل بقربانهن جميعا فأما وقوع الطلاق باعتبار البر وذلك يتحقق في كل واحدة منهن فهذا بمضي المدة بخلاف مالو قال ان قربت ثلاثا منكن فو الله لا أقرب الرابعة لان هناك ما عقد اليمين في الحال بل علقه بشرط فلا ينعقد يمينه قبل وجود الشرط فان جامع بعضهن في الاربعة الاشهر سقط عمن جامع منهن لانه قد فاء اليها في المدة ولا كفارة عليه لعدم تمام شرط الحنث فاذا تمت أربعة أشهر بانت التي لم يجامعها لان الفيء في حقها لم يوجد فبقي حكم الايلاء في حقها فتبين بمضي المدة ولو لم يجامع شيئا منهن ولكن طلق احداهن ثلاثا كان موليا على حاله لان شرط حنثه منتظر ان جامعهن حنث اذ ليس في يمينه تقييد الجماع بما قبل الطلاق وان لم يطلق ولكن ماتت احداهن بطل الايلاء عنهن لان شرط حنثه قد فات لانه لا يحنث بجماع من بقي بعد هذا ولا بجماع الميتة واليمين لا يبقى بعد فوات شرط الحنث فلهذا لا يبطل الايلاء عنهن ﴿قال﴾ وان حلف لا يقرب واحدة منهن فهو مول منهن فان مضت الاربعة الاشهر بن جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رضي الله تعالى عنه يكون موليا من واحدة منهن حتى اذا مضت المدة طلقت واحدة منهن بغير عينها لانه منع نفسه عن قربان واحدة منهن ألا ترى أنه لو قرب واحدة منهن يلزمه الكفارة وحكم الطلاق ينبني على المنع من القربان فعند مضي المدة يقع الطلاق على احداهن بغير عينها كما لو قال والله لا أقرب احداكن ووجه ظاهر الرواية أنه ذكر الواحدة منكرا في موضع النفي لان القربان منفي والنكرة في موضع النفي تعم بخلاف النكرة في موضع الاثبات فان الرجل اذا قال رأيت اليوم رجلا يقتضى رؤية رجل واحد ولو قال مارأيت اليوم رجلا يقتضى نفي رؤية جميع الرجال وهذا لان معنى التنكير في محل النفي لا يتحقق الا بالتعميم ففيما ينبني على نفي القربان وهو وقوع الطلاق عند مضي المدة يتناولهن كلامه جميعا وفيما ينبني على وجود القربان وهي الكفارة

يتناول كلامه احداهن فلهذا اذا قرب واحدة منهن لزمته الكفارة وسقط الايلاء عنهن لان اليمين لم يبق بعد تمام الشرط وهذا بخلاف قوله احدا كن فان معنى التعميم هناك لا يتحقق ألا ترى انه لو قرن بكلامه حرف كل بان قال كل احدا كن لا يتناولهن جميعا وهنا لو قرن بكلامه حرف كلّ فقال كل واحدة منكن تناولهن جميعاً فكذلك بسبب التنكير وان كان نوى واحدة بعينها دون غيرها فهو مول منها خاصة فيما بينه وبين الله تعالى لان مانواه محتمل ألا ترى انه لو طلق واحدة منهن ونوى واحدة بعينها صحت نيته فكذلك فى الايلاء ولكن لا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر ﴿قال﴾ واذا آلى من واحدة لم يسمها ولم ينوها فهو بالخيار يوقع الطلاق على أيتهن شاء فتبين به وحدها ولو أراد التعيين قبل مضى المدة لم يملك لان فيه تغيير حكم اليمين فانه قبل التعيين يحنث بقربان واحدة أيتهن قرب وبعد التعيين لا يحنث بقربان البواقى وكما لا يملك ابطال حكم اليمين لا يملك تغييره فاما بعد وقوع الطلاق بمضى المدة ملك تعيين الطلاق لانه ليس فى هذا تغيير حكم اليمين ولكنه تعيين الطلاق المبهم وذلك الى الزوج ثم اذا عين الطلاق فى احداهن لا يتعين يمينه فيها الا فى رواية عن أبي يوسف وقد بيناهذا فيما أمليناه فى شرح الجامع ﴿قال﴾ واذا آلى الرجل من امرأته وبينه وبينها مسيرة أربعة أشهر أو أكثر أجزأه ان فاء بقلبه ولسانه والحاصل أن العاجز عن الجماع فى المدة يكون فيئه باللسان عندنا وذلك مروي عن عليّ وابن مسعود رضى الله عنهما وعند الشافعى رحمه الله تعالى الفيء باللسان ليس بشيء لان المتعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر فى حق أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك فى الحكم الآخر ولكنا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لا يتحقق فى الفيء باللسان فأما وقوع الطلاق عند مضي المدة باعتبار معنى الاضرار والتعنت وذلك ينعدم فى الفيء باللسان عند العجز عن الفيء بالجماع فكان الفيء بالجماع أصلا وباللسان بدلا عنه لان الفيء عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار والتعنت بمنع حقها فى الجماع ففيئه بالرجوع عن ذلك بأن يجامعها واذا كان عاجزاً عن الجماع لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع لانه لا حق لها فى الجماع فى هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيئه بالرجوع عن ذلك بأن يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية ثم العجز عن الجماع تارة يكون ببعد المسافة وتارة بالمرض فاذا كان بينه وبينها أربعة أشهر أو أكثر

فهو

فهو عاجز عن جماعها في المدة فيكون فيئه بقلبه ولسانه وان كان بينهما أقل من أربعة أشهر فهو قادر على الجماع فلا يكون فيئه الا بالجماع لان حكم البدل انما يعتبر عند العجز عن الاصل وكذلك ان كان مريضاً حين آلى ففيئه الرضا بالقلب واللسان ان تمت أربعة أشهر وهو مريض لانه عاجز عن الجماع لمرضه وكذلك ان اتصل مرضه بالايلاء فان كان صحيحاً حين آلى وبقي صحيحاً بعد ايلائه مقدار ما يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك لم يكن فيئه الا بالجماع وقال زفر فيئه باللسان لتحقق عجزه عن الجماع والمعتبر عنده آخر المدة كما لو كان واجدا للماء في أول الوقت فلم يتوضأ حتى عدم الماء جاز له التيمم ولكنا نقول لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الاضرار والتعنت بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع فاما اذا كان مريضاً حين آلى ثم صح قبل تمام أربعة أشهر لم يكن فيئه الا بالجماع ويستوي ان كان فاء اليها في مرضه أو لم يفيء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فان تمام المقصود بمضي المدة وسقط اعتبار حكم البدل بهذه القدرة كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة وكذلك ان كانت المرأة مريضة أو صغيرة لا تجامع ففيئه الرضا باللسان وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان الزوج اذا كان مريضاً حين آلى ثم مرضت المرأة ثم صح الزوج قبل مضي أربعة أشهر ففيئه الرضا باللسان عند زفر رحمه الله تعالى لان تأثير مرضها في المنع من الجماع كتأثير مرضه وعلى قول أبي يوسف لا يكون فيئه الا بالجماع لان العجز الذي كان لأجله فيئه الرضا باللسان قد زال قبل تمام المدة فكان ذلك كالمعدوم أصلا ولو كانا محرمين بالحج أو احدهما فآلى وقت اداء الحج أربعة أشهر أو أكثر لم يكن فيئه الا بالجماع في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه متمكن من ذلك وان كان حراما وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى فيئه الرضا باللسان لانه ممنوع من جماعها في المدة شرعا فهو كما لو كان ممنوعا منها حسا ببعد المسافة ألا ترى أنه لو خلى بأمرأته واحدهما محرم بالحج لم تصح الخلوة كما لو كان بينهما ثالث ومتي وطئها بعد الفيء باللسان فعليه كفارة اليمين لان الفيء باللسان يمنع وقوع الطلاق ولا يرتفع اليمين فيتحقق شرط الحنث متى جامعها ﴿قال﴾ وايلاء النائم والصبي والمجنون والمعتوه الذي يهذي باطل بمنزلة طلاق هؤلاء وهذا لان اليمين من هؤلاء لا ينعقد فان قولهم غير معتبر في اللزوم ﴿قال﴾ واذا آلى الرجل من امرأته أنه لا يقربها أبداً ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على

التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها وكذلك لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج لم يكن موليا الا على قول زفر وان قربها كفر يمينه لان الايلاء وان لم يبق في حكم الطلاق لنفاذ ملك الطلاق فقد بقيت اليمين فاذا قربها تم شرط الحنث وليس من ضرورة بقاء اليمين حكم الايلاء كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك ثم تزوجها لم يكن موليا وان قربها كفر يمينه وان كان طلقها تطليقة بائنة فان تمت الاربعة الاشهر وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالايلاء وان لم تكن في العدة لم يقع عليها شيء لان المولى في المعنى كالمعلق تطليقة بائنة بمضي الاربعة الاشهر قبل أن يفيء اليها وقد صح ذلك في الملك فلا يبطل بالبينونة ولكن الطلاق لا يقع عليها الا في العدة فاذا تمت المدة وهي محل لوقوع الطلاق عليها طلقت وان لم تكن محلا بان كانت منقضية العدة لم تطلق فان تزوجها بعد انقضاء عدتها فهو مول منها وتستأنف شهور الايلاء من حين تزوجها ولا يحتسب بما مضى منها قبل ذلك لان ابتداء مدة الايلاء لا ينعقد بعد انقضاء العدة اذ ليس له على المحل ملك ولا يد فانما يكون ابتداء المدة من حين تزوجها ولو كان تزوجها في العدة يحتسب بما مضى منها لانها لما بقيت في العدة فهي محل لوقوع الطلاق عليها فيبقى حكم المدة أرأيت لو تزوجت بزوج آخر أكان يبقى حكم مدة الايلاء وكذلك بعد ما حلت للأزواج بانقضاء مدة العدة ﴿قال﴾ ولو طلق امرأته تطليقة بائنة ثم آلى منها لم يكن موليا وان انعقدت يمينه لأن معنى الايلاء بمنع حقها في الجماع ولا حق لها في الجماع بعد ما بانت ولان المقصود بالايلاء ازالة ظلم التعليق عنها وذلك لا يتحقق بعد البينونة واذا لم يكن كلامه في الاصل ايلاء لا يصير ايلاء وان تزوجها كما في الاجنبية بخلاف ما سبق لان أصل كلامه هناك كان ايلاء صحيحا فلا يبطل بالبينونة وانقضاء العدة وان بطلت المدة لخروجها من أن تكون محلا لطلاقه فاذا تزوجها لم يكن موليا منها ولم يذكر في الكتاب فصلا آخر وهو انه اذا آلى من امرأته فبانت بمضي أربعة أشهر هل تنعقد مدة أخرى قبل أن يتزوجها أم لا وكان أبو سهل رحمه الله يقول تنعقد حتى اذا تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة أخرى وكذلك الثالثة قال لان معنى الايلاء كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيهن فأنت طالق تطليقة بائنة ولو صرح بهذا كان الحكم ما بينا وفقهه أن انعقاد المدة من حكم بقاء اليمين هنا وابتداء اليمين لا ينعقد ايلاء بعد البينونة ولكنها تبقى بعد البينونة ألا ترى أنه لو تمت أربعة أشهر وهو مجنون

ثم زوجها وليه منه انعقدت مدة الايلاء وان كان ابتداء اليمين من المجنون لا يصح وكان الكرخي رضي الله عنه يقول لا تنعقد المدة الثانية ما لم يتزوجها وهذا هو الأصح لأن في انعقاد المدة ابتداء لابد من اعتبار معنى الاضرار وذلك لا يتقرر بعد البينونة مالم يتزوجها لانه لاحق لها في الجماع فلهذا لم تنعقد المدة مالم يتزوجها ﴿ قال ﴾ ولو آلى من أمته أو أم ولده لايكون موليا لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وهذه ليست من نسائه ولان الايلاء طلاق مؤجل والمملوكة ليست بمحل للطلاق ولان حكم الايلاء منع القربان المستحق والامة لا تستحق ذلك على المولى وكذلك لو آلى من أجنبية فهو باطل لهذه المعاني بخلاف مالو قال ان تزوجتك فوالله لاأقربك فتزوجها كان موليا لانه علق الايلاء بالتزوج والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وان حلف لا يقرب امرأته الا في أرض كذا وبينه وبين تلك الارض أربعة أشهر فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بحنث يلزمه فان المستثني مكان لا يصل اليه في المدة فلهذا كان موليا ﴿ قال ﴾ ولو آلى من امرأته وهو في سجن أو حبس لم يكن له فيء الا الجماع لانه ان كان لا يقدر ان يخرج اليها فهي تقدر على ان تدخل اليه ليجامعها فان السجن موضع للمجامعة ومع القدرة على الاصل لاعبرة للبدل ﴿ قال ﴾ وان أصاب المولى من امرأته ما دون الجماع في الفرج لم يكن ذلك فيئاً لان حقها في الجماع في الفرج فلا يتأدى بما دونه والفيء مافيه ايفاء حقها وان ادعى أنه قد جامعها فان ادعى في الاربعة الاشهر فالقول قوله وان ادعى ذلك بعد مضى المدة لم يقبل قوله بناء على الاصل المعروف أنه متى أقر بما يملك انشاءه لايكون متهما فلو أقام شاهدين على مقالته في الاربعة الاشهر أنه قد جامعها فهي امرأته لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهي من أعجب المسائل ان لايقبل اقراره بعد مضى المدة ثم يتمكن من اثباته بالبينة وكذلك ان صدقته المرأة فالحق لهما لا يعدوهما غير أنه لا يسعها ان تقيم معه اذا كانت تعلم كذبه لان القاضي لو علم بذلك فرق بينهما فاذا علمت هي عليها أن تمنع نفسها منه بأن تهرب اوتفتدى بمالها الا أن يتزوجها نكاحاً جديداً ﴿ قال ﴾ ولو آلى منها بعد ماطلقها تطليقة رجعية فهو مول لان جماعها له حلال فان انقضت العدة سقط حكم الايلاء لخروجها من أن تكون محلا لطلاقه فاذا تزوجها يستقبل مدة الايلاء من حين تزوجها وقد بيناه ﴿ قال ﴾ واذا آلى الرجل ثلاث مرات في مجلس واحد فان كان مراده تكرار

يمين واحدة فعليه كفارة واحدة اذا قربها ولا يقع بمضى المدة الا تطليقة واحدة ان لم يقربها لان الكلام لواحد قد يكرر ولا يراد حكمه بالتكرار وان كان مراده التغليظ. والتجديد فان قربها فعليه ثلاث كفارات لان معني التغليظ تجدد عقد اليمين فكان حالفا بثلاثة أيمان وبالقربان مرة يتم شرط الحنث فى الايمان كلها وان لم يقربها حتى مضت المدة ففى القياس تطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضاً وهو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى حتى اذا لم يدخل بها لا يقع الا واحدة وفى الاستحسان وهو قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى تبين بتطليقة واحدة سواء دخل بها أو لم يدخل بها وجه القياس ان ابتداء مدة الايلاء من الوقت المتصل بعقد اليمين وفى الايلاء المعتبر أول المدة فقد انعقدت باعتبار كل يمين مدة فيقع عند تمام كل مدة تطليقة حتى تبين بثلاث تطليقات كما لو كانت الايمان فى مجالس مختلفة وهذا لانه يتأخر انعقاد المدة بعد اليمين الى حال اقترانهما بدليل أنه لو حلف بيمين واحدة ثم بقيا فى المجلس يوما أو أكثر فتمت المدة من حيث حلف بانت بتطليقة فعرفنا أن المجلس والمجالس فى هذا الحكم سواء كما فى حكم الحنث وهو الكفارة ووجه الاستحسان أن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها كالموجود جملة بدليل القبول مع الايجاب اذا وجدا في المجلس يجعل كانهما وجدا معا وكذلك المرأة لو قالت لزوجها طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة وواحدة وواحدة في مجلس واحد جعل كانه أوقع الثلاث جملة حتى يستحق جميع الالف فاذا ثبت هذا قلنا حالة المجلس كحالة واحدة ولا ينعقد فى حالة واحدة الا مدة واحدة فى حكم الطلاق وان تعددت الايمان كما لو قال اذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال ذلك ثانياً وثالثاً ثم جاء الغد تنعقد ثلاثة ايمان فى حكم الكفارة ومدة واحدة فى حكم الطلاق وبهذا تبين ان أحد الحكمين غير معتبر بالآخر وعلى عكس هذا لو قال كلما دخلت الدار فو الله لا أقربك فدخل الدار ثلاث مرات فى ثلاثة أيام تنعقد ثلاث ايلاآت فى حكم الطلاق ولو قربها لم يلزمه الا كفارة واحدة وهذا بخلاف ما اذا كانت الايمان فى مجالس متفرقة لانه لم يوجد هناك ما يجمع الاحوال فاعتبرنا كل حالة على حدة فانعقدت مدة جديدة لتجدد اليمين في كل حالة ﴿قال﴾ ولو قال لها ان قربتك فعلى يمين أو على كفارة يمين فهو مول لان معنى قوله فعلى يمين كفارة يمين فان موجب اليمين الكفارة عند الحنث فقد صارت بحيث لا يملك قربانها فى المدة الا بكفارة تلزمه ﴿قال﴾ وايلاء الحرة

أربعة أشهر تحت حر كانت أو تحت عبد لقوله تعالى تربص أربعة أشهر والذين يتناول الاحرار والعبيد وايلاء الامة شهران عندنا وعلى قول الشافعي أربعة أشهر لظاهر الآية وهو بناء على أصله ان المدة فسحة للزوج لا عليه فلا يتغير ذلك برقها ولا بحريتها ولكنا نقول مدة الايلاء مذكورة في القرآن بلفظ التربص وهو مختص بالنكاح فيتنصف بالرق كمدة العدة وفي المدة معنى الفسحة للزوج خصوصا من عدة في طلاق رجعي ثم تنصف برقها ﴿قال﴾ والمريض الذي يهذي في الايلاء كالنائم لانه بمنزلة المغمى عليه في هذه الحالة ﴿قال﴾ وايلاء الأخرس جائز لما بينا ان الكنية والاشارة منه اذا كانت تعرف بمنزلة عبارة الناطق ﴿قال﴾ وان قال ان قربتك فأنت علي كظهر أمي فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بظهار يلزمه وكذلك ان قال ان قربتك فانت علي حرام وهو ينوي الطلاق بذلك فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بطلاق يلزمه وان كان ينوى اليمين فهو مول أيضا في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يكون موليا في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى مالم يقربها لان قوله أنت علي حرام عند ارادة اليمين بمنزلة قوله والله لا أقربك حتى لو أرسله كان به موليا في الحال فاذا علقه بالقربان لا يصير به موليا الا بعد القربان كما لو قال ان قربتك فو الله لا أقربك وأبو حنيفة رحمه الله تعالي يقول صار ممنوعا عن قربانها في المدة حين علق بالقربان حرمتها عليه فيكون موليا في الحال كما لو قال ان قربتك فأنت علي كظهر أمي لان الظهار موجبه التحريم الى وقت الكفارة ولو قال لها أنت علي كالميتة أو كالدم يعني التحريم فهو مول لانه شبهها بحرمة العين فهو بمنزلة قوله أنت على حرام ﴿قال﴾ ولو قال أنت علي كامرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته ينوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بامرأة فلان وقد يكون التشبيه في وصف خاص فاذا نوى التحريم أو الايلاء فقد نوى مايحتمله كلامه فيكون موليا وان لم ينو ذلك فليس بشئ ﴿قال﴾ وان آلى من امرأته ثم قال لامرأة له أخرى قد اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا لان الاشراك يغير حكم يمينه فان قبل الاشراك كان يحنث بقربان الاولى وبعد الاشراك لا يحنث بقربان الاولى مالم يقربهما كما لو قال والله لا أقربكما وهو لا يملك تغيير حكم اليمين مع بقائه ولو صح منه هذا الاشراك لكان يشرك أجنبية مع امرأته ثم يقرب امرأته بعد ذلك فلا يلزمه شئ وبهذا فارق الظهار لان اشراك الثانية لا يغير حكم الظهار في الاولى وكذلك لو قال في

الايلاء للمرأة الثانية أنت عليّ مثل هـذه ينوي الايلاء فيها فبهذا لا يتغير حكم الايلاء في حق الاولى ويصح منه عقد الايلاء في حق الثانية بهذا اللفظ ﴿قال﴾ واذا آلى من امرأته وهي أمة ثم أعتقت قبل انقضاء شهرين لم تطلق حتى تستكمل أربعة أشهر من حين آلى لان مدة الايلاء نظير مدة العدة من طلاق رجعي من حيث أن ملك النكاح لا يرتفع مع بقائها والمعتقة بعد الطلاق هناك قبل انقضاء العدة بمنزلة الحرة عند الطلاق وكذلك هنا وهذا لان ملك النكاح تم عليها لما تم حلها بالعتق ولا يزول الملك التام الا بمدة تامة ﴿قال﴾ ولو طلقها زوجها في الشهرين تطليقة بائنة ثم أعتقت فيهما كانت عدتها للطلاق عدة الامة لأنها انما أعتقت بعد البينونة ومدة ايلائها مدة الحرة لانها أعتقت قبل تمام مدة الايلاء فكان في حكم الايلاء هذا وما لو كانت حرة حين آلى منها سواء وقد طعن بعضهم في الجواب فقالوا لم يتم الملك عليها بهذا العتق لانها اعتقت بعد البينونة فينبغي أن تكون مدة ايلائها شهرين كما في حكم العدة ولكنا نقول الطلاق الواقع ليس من حكم الايلاء في شيء فالبائن والرجعي فيه سواء ولو كان رجعياً صارت مدة ايلائها بالعتق أربعة أشهر بالنص فكذلك اذا كانت بائنة بخلاف العدة لانها تعقب الطلاق فيعتبر فيها صفة الطلاق ولان في زيادة مدة العدة بالعتق اضراراً بها لانها تمنع من الازواج في العدة وليس في زيادة مدة الايلاء بالعتق اضرار بها فلهذا كان المعتبر حصول العتق مع بقاء المدة ﴿قال﴾ وان حلف لا يقرب امرأته وامرأة أجنبية معها حرة أو أمة لم يكن موليا من امرأته لانه يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء وهو ليس بمول في حق الاجنبية فلا يعتبر قربان الاجنبية في حكم الايلاء من امرأته وان اعتبر حال امرأته وحدها وهو يملك قربانها من غير أن يلزمـه شيء لم يكن موليا منها بخلاف ما لو قال لامرأتين له لا أقربكما لانهـما مستويتان في حكم الايلاء هناك فيجعلان كشخص واحد لا يملك قربانهما الا بكفارة تلزمه فكان موليا منهـما يقول فان جامع الاجنبيـة صار موليا من امرأته من الساعة التي جامع فيها تلك لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بكفارة تلزمـه فيتحقق معنى الاضرار والتعنت في حقـها الآن فيكون موليا منها وهو بمنزلة مالو قال والله لا أقربك اذا أتيت مكان كذا لا يكون موليا مالم يأت ذلك المكان أو هو بمنزلة مالو قال لامرأته والله لا أقربك اذا جامعت هذه الاجنبية فاذا جامعها كان موليا من امرأته ﴿قال﴾ وان آلى من امرأته ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فأسلمت ثم تزوجها فهو مول منها ان مضي شهران من يوم

تزوجها بانت بالايلاء لان اليمين لا يبطل بلحاقها فان شرط الحنث منتظر بعد وأصل كلامه كان ايلاء صحيحا فاذا تزوجها مع بقاء تلك اليمين كان موليا منها حين تزوجها وانما انعقدت المدة الثانية وهي أمة ومدة ايلاء الامة شهران ﴿قال﴾ وان آلى من امرأته وهي أمة ثم اشتراها سقط الايلاء لانها صارت بحيث لايقع طلاقه عليها وموجب المدة المنعقدة وقوع الطلاق عند مضيها فاذا خرجت من أن تكون محلا لذلك سقط حكم تلك المدة كما لو أبانها وانقضت عدتها فان باعها أو أعتقها ثم تزوجها فهو مول منها لانها صارت بحال لايقع طلاقه عليها واليمين باقية فتنعقد المدة من حين تزوجها وكذلك الحرة اذا اشترت زوجها فهذا والاول سواء لان عصمة النكاح تنقطع بالملك من الجانبين على وجه لايقع طلاقه عليها فانها انما تكون محلا لطلاقه باعتبار ملك اليد له عليها وملك اليمين كما ينافي أصل ملك النكاح ينافي ملك اليد الثابت بالنكاح ولهذا لاتستوجب عليه النفقة والسكنى في عدتها ﴿قال﴾ واذا حلف العبد بالعتق أوالصدقة أن لايقرب امرأته لايكون موليا لانه يملك قربانها من غير أن يلزمه شئ فانه لاعتق فيما لايملكه ابن آدم ومراده من الصدقة أن يلتزم الصدقة بمال بعينه وهو لايملك ذلك المال فيكون التزامه التصدق به لغوا ﴿قال﴾ وان حلف بحج أو صوم أوطلاق أو ماأشبه ذلك كان موليا لان التزام هذه الاشياء صحيح منه كما يصح من الحر فاذا علقها بالقربان فهو لايملك قربانها في المدة الا بشئ يلزمه وعلى هذا لو علق بالقربان التزام الصدقة في ذمته ﴿قال﴾ واذا حلف الذمي أن لايقرب امرأته فهو على ثلاثة أوجه في وجه يكون موليا بالاتفاق وهو مااذا حلف بطلاق أو عتاق لان العتق والطلاق يصح منه كما يصح من المسلم وفي وجه لايكون موليا بالاتفاق وهو مااذا حلف بحج أو صوم أو صدقة لان التزام هذه الاشياء منه لايصح لانها قربة وطاعة وما فيه من الشرك يخرجه من أن يكون أهلا لذلك وقع في بعض الكتب عن الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن الايلاء منه بالحج صحيح في حكم الطلاق وان لم يصح في حكم التزام الحج لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر عنده كما في اليمين بالله تعالى ولا يعتمد على هذه الرواية فأما ايلاؤه في اليمين بالله تعالى ينعقد في حكم الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتى لو تركها أربعة أشهر بانت بالايلاء ولو قربها لم تلزمه الكفارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هذا بمنزلة القسم الثاني لانه يملك قربانها في المدة من غير أن يلزمه

شيء فلا يتحقق منى الايلاء وهو قصد الاضرار بمنع حقها فى الجماع وهذا لان حرمة اليمين بالله تعالى لوجوب تعظيم المقسم به ومع الشرك لا يتحقق منه هذا التعظيم كما لا يتحقق منه هذا الالتزام التزام الحج والصوم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انه من أهل اليمين بالله تعالى فان فيها ذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم وذلك صحيح معتبر من الذمي حتى تحل ذبيحة الكتابى اذا ذكر اسم الله تعالى وكذلك يستحلف فى المظالم والخصومات بالله تعالى وقد جعل الله تعالى للكفار ايمانا بقوله تعالى لا تقاتلون قوما نكثوا أيمانهم وقوله تعالى وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم واذا ثبت أنه من أهل اليمين صار هو بحيث لا يملك قربانها الا بحنث يلزمه فيكون موليا ثم يترتب على هذا الحنث وجوب الكفارة وهو ليس من أهلها ولكن حكم الطلاق ينفصل عن حكم الكفارة فى الايلاء كما لو قال لاربع نسوة له لا أقربكن يكون موليا من كل واحدة منهن وان كان لو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء ولان لهذه اليمين حكمين . أحدهما الطلاق وهو من أهله والآخر الكفارة وهو ليس من أهلها وكل واحد من الحكمين مقصود بهذه اليمين فامتناع ثبوت أحد الحكمين لانعدام الاهلية لا يمنع ثبوت الحكم الثانى مع وجود الاهلية ﴿قال﴾ واذا حلف الرجل بعتق عبده لا يقرب امرأته فهو مول الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فانه يقول يملك قربانها فى المدة من غير أن يلزمه شيء بأن يبيع عبده وفي ظاهر الرواية هو لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه فيكون موليا ولا يعتبر تمكنه من البيع لان البيع لا يتم به وحده وربما لا يجد مشتريا يشتريه منه فان باع العبد سقط عنه الايلاء لانه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لان المدة الاولى قد بطلت فيستأنف المدة من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد فهو يملك قربانها بعد ذلك من غير ان يلزمه شيء وإذا مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موت العبد من غير ان يلزمه شيء وكذلك لو حلف على ايلاء هذه بطلاق أخرى ثم ماتت تلك أو طلقها ثلاثا لم يكن موليا بعد هذا لانه يمكنه ان يقربها من غير ان يلزمه شيء وان تزوجها بعد زوج لم يكن موليا من هذه أيضا الا على قول زفر لان يمينه على تطليقات ذلك الملك ولم يبق شيء منها بعد ايقاع الثلاث

وكذلك لو طلق هذه التي آلى منها ثلاثا سقط الايلاء لان ايلاءه في حكم الطلاق باعتبار التطليقات المملوكة ولم يبق منها شيء بعد ايقاع الثلاث ولو لم يطلقها ولكنه جامعها طلقت الاخرى لوجود شرط الوقوع عليها وارتفعت اليمين فان تزوجها بعد ذلك لم يعد الايلاء وان لم يجامعها ولكنه طلق الاخرى وانقضت عدتها سقط الايلاء عن هذه لانه صار بحيث يتمكن من قربانها من غير ان يلزمه شيء وهذا وبيمه العبد سواء على ما بينا ﴿قال﴾ واذا حلف لا يقرب امرأته حتى يموت هو أو تموت هي فهو مول لانه لا يملك قربانها في المدة الا بحنث يلزمه وبعد موت أحدهما لا يبقي النكاح فهذا بمنزلة قوله لا أقربك مادمت في نكاحي ويتم بهذا منع حقها في القربان بخلاف مالو قال لا أقربك حتى يموت فلان لان موت فلان لا يمنع بقاء النكاح بينهما وهو موهوم في المدة فيتوهم أن يقربها في المدة من غير أن يلزمه شيء بعد موت فلان فلهذا لا يكون موليا وقد بينا القياس والاستحسان في قوله حتى يخرج الدجال أو حتى تطلع الشمس من مغربها وان قال حتى القيامة فهو مول قياسا واستحسانا وهذا وقوله أبدا سواء لانه لا تصور لبقاء النكاح بينهما بعد وجود ماجعله غاية بخلاف خروج الدجال على طريقة القياس ﴿قال﴾ ولو حلف لا يقربها حتى تفطم صبيا لها وبينه وبين الفطام أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا لانه يتحقق منه أن يقربها بعد الفطام في المدة من غير أن يلزمه شيء ولما كان ماجعله غاية ليمينه يوجد قبل تمام أربعة أشهر كانت هذه اليمين بمنزلة اليمين على القربان في أقل من الاربعة الاشهر لان بعد وجود الغاية لا يبقى اليمين وان كان بينه وبين الفطام أربعة أشهر أو أكثر وهو ينوى ذلك الفطام لا ينوى دونه فهو مول لان يمينه انعقدت موجبة للمنع من القربان في المدة ولو مات الصبي قبل أن يمضى أربعة أشهر سقط الايلاء لفوات ماجعله غاية ليمينه لان اليمين لا يبقى بعد فوات الغاية الا في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وهي مسئلة كتاب الايمان وكذلك لو حلف لا يقربها حتى يأذن له فلان فمات فلان في الاربعة الاشهر بطلت اليمين لفوات الغاية ولو بقي فلان أربعة أشهر ولم يكن قربها لم يكن موليا أيضا لانه كان يتمكن من قربانها اذا أذن له فلان من غير أن يلزمه شيء وفي الكتاب قال ينبغي في القياس أن لا يكون موليا ولم يذكر شيئا سوى هذا فليس مراده أن هذا استحسان بخلاف القياس وانما مراده قياس ماتقدم من الفصول ﴿قال﴾ ولو قال ان قربتك فكل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فهو

مول فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكون موليا لانه لايلزمه بالقربان شئ وهو يتمكن من أن لايتملك مملوكا بعده وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالا لايتمكن من قربانها الا بيمين بالعتق يلزمه فيكون موليا كما لو قال إن قربتك فهذا المدبر حر ان دخل الدار يكون موليا منها وهذا لان الانسان يكون ممتنعا من اليمين بالعتق كما يكون ممتنعا من موجب اليمين فيصير بهذا اللفظ مانعاً حقها يوضحه ان الملك فى المستقبل قد يحصل له من غير صنعه كالميراث ولايتمكن من رده ولو قال ان قربتك فعلى حجة بعد ما أقربك بسنة أو قبل ان أقربك بيوم فهو مول لانه لايتمكن من قربانها الا بحجة تلزمه فى الوجهين جميعاً ﴿قال﴾ واذا قال ان قربتك فعلى صوم هذا الشهر لم يكن موليا لان يمينه لايتناول جميع المدة فان بمضى المدة يسقط اليمين ويصير بحيث يملك قربانها من غير أن يلزمه شئ لان التزام الصوم مضافا الى الزمان الماضى لايصح فيصير عند القربان كأنه قال على صوم أمس وذلك لغو ولو قال ان قربتك فعلى طعام مسكين أو صوم يوم أو صدقة أو حج أو هدى فهو مول بالاتفاق وان قال فعلي صلاة ركعتين فهو مول فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول أبي حنيفة لايكون مولياً وجه قول محمد أنه علق بالقربان التزام ماهو قربة فيكون موليا كما فى الحج قال محمد فى الأمالى ولامعني لقول من يقول لايتوصل الى الحج الا بمال ويتوصل الى الصلاة بدون المال لانه لو قال ان قربتك فلله على صلاة ركعتين فى بيت المقدس لم يكن موليا عندهما وهو لايتوصل الى ماالتزم الا بالمال ووجه قول أبى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ان بهذا اللفظ لا يتحقق منع القربان المستحق لان الانسان لايكون ممتنعا من التزام صلاة ركعتين اذ لايلحقه فى ادائها مشقة ولاخسران في ماله بخلاف سائر القرب توضيحه أنه ان علق بالقربان اطعام مسكين فهو موجب اليمين وكذلك الصدقة والصوم وكذلك الهدى والحج فانه لايتوصل الى ادائهما الا بمال والتكفير بالمال موجب اليمين عند الحنث فهو كما لو علق اليمين بالقربان فاما الصلاة ليست بموجب اليمين وكذلك لو قال فى بيت المقدس لان المكان لايتعين لأداء المنذور من الصلاة وان قال ان قربتك فعبدى فلان حر عن ظهارى وقد ظاهر أو لم يظاهر فهو مول لانه لايملك قربانها الا بعتق يتنجز فى العبد وتنجز العتق ليس بموجب للظهار بخلاف مالو قال ان قربتك فلله على ان أعتق فلانا عن ظهارى

وهو مظاهر فليس بمول لانه عاق بالقربان وجوب العتق عليه عن الظهار وهو واجب عليه قبل القربان فلا يكون ملتزما بالقربان شيئاً والله أعلم

باب اللعان

اعلم بأن موجب قذف الزوج زوجته كان هو الحد في الابتداء كما فى الاجنبية ثبت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والدليل عليه ماروى ان ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل رجل انصاري فقال يارسول الله أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان وقال صلي الله عليه وسلم لهلال بن أمية رضى الله عنه حين قذف امرأته بشريك بن سمحاء إيت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك وقالت الصحابة رضوان الله عليهم الآن يجلد هلال بن أمية رضى الله عنه فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف كان هو الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فى حق الزوجين واستقر الامر على ان موجب قذف الزوج الزوجة اللعان بشرائط نذكرها وعلى قول الشافعى موجبه الحد ولكنه يتمكن من اسقاط ذلك عن نفسه باللعان حتى لو امتنع الزوج من اللعان يقام عليه حد القذف وعندنا يحبس حتى يلاعن واستدل بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم فى آية اللعان بيان المخرج للزوج بان تقام كلمات اللعان مقام أربعة من الشهداء لان في كلمات اللعان لفظة الشهادة وهي شهادات مؤكدة بالايمان مزكاة باللعن مؤكدة بالظاهر وهو ان الزوج لايلوث الفراش على نفسه كاذبا ولهذا قلت بلعانه يجب حد الزنا عليها ثم تتمكن هى من اسقاط الحد عن نفسها بلعانها على أن يكون لعانها معارضا لحجة الزوج لانها شهادات مؤكدة بالايمان مزكاة بالتزام الغضب مؤيدة بالظاهر وهو ان المسلمة تمتنع من ارتكاب الحرام وفي كتاب الله تعالى اشارة الى هذا فانه قال ويدرأ عنها العذاب أى يسقط الحد الواجب بلعان الزوج ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم فهذا يقتضى ان يكون المذكور في الآية جميع موجب قذف الزوجة وذلك ينفي ان يكون الحد موجب هذا القذف مع اللعان ولو وجب الحد عليه لم يسقط الا بحجة وكلمات اللعان قذف أيضا فكيف يصح ان يكون القذف مسقطا لموجب القذف

نمر فنا انه هو الموجب لما فيه من التزام اللعن واذا امتنع منه يحبس حتى يلاعن لان من امتنع من ايفاء حق مستحق عليه لا تجرى النيابة فى ايفائه يحبس حتى يأتى به ولا يجب عليها حد بلعانه لان شهادة المرء لنفسه لا تكون حجة فى استحقاق ما يثبت مع الشبهات على الغير ابتداء فكيف تكون حجة فى استحقاق ما يندرئ بالشبهات وهذا لان الشهادات وان تكررت من واحد ليس بخصم لا تتم الحجة بها فمن الخصم أولى والعجب من الشافعى رحمه الله تعالى أنه يقول لو شهد الزوج مع ثلاثة نفر على زوجته بالزنا لا يجب الحد عليها فكيف يجب الحد بشهادته وحده ولكن اللعان مستحق عليها كما هو علي الزوج فاذا امتنعت حبست والمراد من قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب الحبس لا الحد اذا عرفنا هذا فنقول من شرائط اللعان عندنا كون الزوجين من أهل الشهادة على الاطلاق وعند الشافعى رضى الله تعالى عنه هذا ليس بشرط ولكن كل من كان من أهل الطلاق عنده فهو من أهل اللعان وهذا منه تناقض لانه يجعل كلمات اللعان شهادات فى وجوب الحد بها ثم لا يشترط الاهلية للشهادة ولكن يقول اللعان من كلام الزوج موجب للفرقة فيكون بمنزلة الطلاق (وحجتنا) فى ذلك ما بدأ به الباب فقال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا لعان بين أهل الكفر وأهل الاسلام ولا بين العبد وامرأته وأهل الحديث يروون هذا بلفظ آخر وقد ذكره صاحب المشافهات في تفسيره أربعة لا لعان بينهم وبين نسائهم المسلم اذا كان تحته كافرة والكافر اذا كان تحته مسلمة والحر اذا كان تحته أمة والعبد اذا كان تحته حرة فذلك تنصيص على اشتراط أهلية الشهادة فيهما وفى الآية اشارة الى هذا فانه قال ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والمراد بالشهداء من يكون أهلا للشهادة مطلقا والمستثني من جنس المستثنى منه وقال الله تعالى فشهادة أحدهم وهذا شأن شهادة شرعية ولا يتحقق ذلك ممن ليس بأهل للشهادة ثم المسلم اذا كان تحته كافرة فهى ليست بمحصنة وكما ان قذف الاجنبية اذا لم تكن محصنة لا يوجب الحد فكذلك قذف الزوج زوجته اذا لم تكن محصنة لا يوجب اللعان وكذلك الحر اذا كان تحته أمة فاما الكافر اذا كان تحته مسلمة بأن أسلمت امرأته فقذفها قبل ان يعرض عليه الاسلام فهو ليس من أهل الشهادة عليها وكذلك العبد اذا كان تحته حرة فلا يكون قذفه اياها موجبا للعان ولكنه يكون موجبا حد القذف لان القذف بالزنا لا ينفك عن موجب فاذا خرج من أن يكون موجبا للعان لمعني فى القاذف

كان موجبا للحد وكذلك المحدود في القذف اذا قذف امرأته لان الدلالة قامت لنا على ان اقامة حد القذف عليه مبطل لشهادته ومخرج له من ان يكون أهلا لاداء الشهادة وكذلك ان كانت المرأة محدودة في قذف فلا لعان بينهما لانعدام أهلية اداء الشهادة في جانبها الا أنه اذا كانت هي المحدودة في القذف فلا حد على الزوج ولا لعان لان قذفه باعتبار حاله موجب للعان فلا يكون موجبا للحد اذ لا يجمع بين الموجبين ولكن امتنع جريان اللعان لمعنى من جهتها فهو كما لو صدقت الزوج بخلاف ما اذا كان الزوج هو المحدود لان قذفه باعتبار حاله لم يكن موجبا اللعان فكان موجبا للحد اذ هي محصنة ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد أيضا لان قذفه باعتبار حاله غير موجب للعان فيكون موجبا للحد ولا يجوز ان يقال امتناع جريان اللعان هنا لكونها محدودة لان أصل القذف يكون من الرجل وانما يظهر حكم المانع في جانبها بعد قيام الاهلية في جانب الرجل فأما بدون الاهلية في جانبه لا معتبر بحالها وكذلك العبد يقذف الحرة المحدودة تحته لانها محصنة وان قذف العبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبة فلا حد عليه ولا لعان لانها ليست بمحصنة وكذلك الحر يقذف امرأته وهي أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة في قول أبي حنيفة رحمه الله لانها بمنزلة المكاتبة فلا تكون محصنة مع قيام الرق ولكنه يعذر لذلك أسواطا لان قذف المملوك يوجب التعزير لمعنى هتك الستر واشاعة الفاحشة والعبد اذا قذف امرأته الحرة المسلمة فعليه الحد لان قذفه باعتبار حاله غير موجب للعان فيلزمه الحد لكونها محصنة ﴿قال﴾ واذا قذف الاعمى امرأته وهي عمياء والفاسق قذف امرأته فعليهما اللعان لان الفاسق من أهل الشهادة ولكن لا تقبل شهادته لعدم ظهور رجحان جانب الصدق ولهذا أمر الله تعالى بالتثبت في خبره والتثبت غير الرد بخلاف المحدود في القذف فانه محكوم ببطلان شهادته كما قالت الصحابة رضوان الله عليهم فتبطل شهادته في المسلمين والدليل عليه أن الفاسق اذا شهد في حادثة فرد القاضي شهادته ثم أعادها بعد التوبة لم تقبل ولو لم يكن المردود شهادة لكانت مقبولة بعد التوبة وكذلك الاعمي من أهل الشهادة الا أنه لا تقبل شهادته لنقصان في ذاته وهو أنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه الا بالصوت والنغمة ولان شهادته جائزة في قول بعض الفقهاء يعني اذا تحمل وهو بصير ثم أدى بعد العمي تقبل شهادته عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فاذا كان من أهل الشهادة كان من أهل اللعان أيضا ﴿قال﴾ واذا قذف امرأته وقد زنت

فلاحد عليه ولا لعان لانها ليست بمحصنة وهو صادق فيما رماها به من الزنا وكذلك ان وطئت وطئاً حراما يريد به الوطء بشبهة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال يلاعنها وهو قول ابن أبي ليلى لان هذا الوطء مثبت للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الاحصان كوطء المنكوحة في حالة الحيض ولكنا نقول وطء غير مملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الاحصان ولكن لايجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لايجابه فلو أوجبنا على قاذفها الحد واللعان كان فيه ايجاب الحد بالشبهة وبهذا فارق حكم النسب والعدة لانه يثبت مع الشبهة ﴿ قال ﴾ واذا قذفها وهي صغيرة أو هو صغير فلا حد ولا لعان اما الصبي فقوله هدر فيما يتعلق به اللزوم والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك ان كان أحدهما مجنونا أو معتوها وكذلك ان كان أحدهما أخرس اما اذا كان الزوج هو الاخرس فقذفه لايوجب الحد ولا اللعان عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يوجب لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولكنا نقول لا بد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد أو اللعان ولا يتأتى هذا التصريح في اشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكتابة ولانه لابد من لفظ الشهادة في اللعان حتى ان الناطق لو قال أحلف مكان قوله أشهد لايكون صحيحا وبعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى يرتكبون هذا ولكنه مخالف للنص فاذاً ثبت أنه لابد من لفظ الشهادة وذلك لايتحقق باشارة الاخرس وكذلك ان كانت هي خرساء لان قذف الخرساء لايوجب الحد على الاجنبي لجواز ان تصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لايجوز ﴿ قال ﴾ واذا قذف الحر المسلم امرأته الحرة المسلمة بالزنا فان كفت عن مرافعته فهي امرأته لان حقيقة زناها لاينافي بقاء النكاح بينهما فالنسب الى الزنا أولى واللعان هنا كالحد في قذف الاجانب وذلك لايستوفى الا بطلب المقذوف فهذا مثله وان دفعته بدأ الامام بالرجل فأمره ان يلاعن كما قال الله تعالى في كتابه يقوم فيشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم تقوم المرأة فتشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا اما قيامهما ليس بشرط فسره الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال لايضره اللعان قائما أو قاعداً لان اللعان شهادة أو يمين فالقائم والقاعد فيه سواء

وذكر في النوادر عن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لابد ان يقول إني لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لانه اذا ذكر بلفظة الغائبة يتمكن فيه شبهة واحتمال فلا بد من لفظ الخطاب وفي ظاهر الرواية لم يعتبر هذا لان كل واحد منهما يشير الى صاحبه والاشارة أبلغ أسباب التعريف فاذا فرغا من اللعان فرق الامام بينهما لحديث سهل بن سعد رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين العجلاني وامرأته فقال العجلاني كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا ففارقها قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يفارقها فكانت سنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم الفرقة لاتقع عندنا الا بتفريق القاضي وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه تقع بنفس لعان الزوج وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يقع الفرقة بلعانهما فالشافعي رحمه الله تعالى يقول سبب هذه الفرقة قول من الزوج مختص بالنكاح الصحيح فيتم به كالطلاق وزفر رحمه الله تعالى يستدل بقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبداً فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما ولكنا نستدل بالحديث الذى روينا فان العجلاني رضى الله تعالى عنه أوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر عليه فان قيل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها ﴿ قلنا ﴾ ذاك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روى أنه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فابعد اذهب فلا سبيل لك عليها ولان الراوى قال فذلك السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما فدل أنه لاتقع الفرقة الا بالتفريق وكان التفريق هنا بمنزلة فسخ البيع بسبب التحالف عند الاختلاف في الثمن ثم هناك لاينفسخ البيع مالم يفسخ القاضي فكذلك هنا وهذا لان مجرد اللعان غير موضوع للفرقة ولا هو مناف للنكاح الا أن الفرقة بينهما لقطع المنازعة والخصومة وفوات المقصود بالنكاح مع اصرارهما على كلامهما فلا يتم الا بقضاء القاضي فأما قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لايجتمعان أبداً حقيقة هذا اللفظ حال تشاغلهما باللعان كالمتقاتلين والمتضاربين فزفر رحمه الله تعالى يوافقنا أن في حال تشاغلهما باللعان لا تقع الفرقة بينهما ثم ذكر عن ابراهيم رضى الله تعالى عنه قال اللعان تطليقة بائنة واذا أكذب الملاعن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى

فقالا الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تكون فرقة بغير طلاق بناء على ان عند أبي يوسف يثبت باللعان الحرمة المؤبدة بينهما وهو قول الشافعي رضي الله عنه وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لاتتأبد الحرمة بسبب اللعان حجتهما في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لايجتمعان أبداً وهكذا نقل عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم والمعنى فيه ان سبب هذه الفرقة يشترك فيه الزوجان والطلاق يختص به الزوج فما يشترك الزوجان فيه لايكون طلاقا ومثل هذا السبب متى كان موجبا للحرمة كانت مؤبدة كالحرمة بالرضاع توضيحه ان ثبوت الحرمة هنا باللعان نظير حرمة قبول الشهادة بعد الحد في قذف الاجنبي وذلك يتأبد فكذلك هنا وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان الثابت بالنص اللعان بين الزوجين فلو أثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص وذلك لايجوز خصوصاً فيما كان طريقه طريق العقوبات ثم هذه فرقة تختص بمجلس الحكم ولا يتقرر سببه الا في نكاح صحيح فيكون فرقة بطلاق كالفرقة بسبب الجب والعنة وهذا لان باللعان يفوت الامساك بالمعروف فيتعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع منه ناب القاضي منابه فيكون فعل القاضي كفعل الزوج واذا ثبت انه طلاق والحرمة بسبب الطلاق لاتتأبد فاما الحديث فقد بينا ان حقيقة المتلاعنين حال تشاغلهما باللعان ومن حيث المجاز انما يسميان متلاعنين مابقي اللعان بينهما حكما وعندنا لايجتمعان مابقي اللعان بينهما حكما وانما تجوز المناكحة بينهما اذا لم يبق اللعان بينهما حكما لانه اذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان ولا يبقى أهلا للعان بعد اقامة الحد وكذلك ان أقرت المرأة بالزنا فقد خرجت من أن تكون أهلا للعان وكذلك ان قذفت رجلا فاقيم عليها الحد فعرفنا ان حل المناكحة بينهما بعد ما بطل حكم اللعان فلا يكون في هذا اثبات الاجتماع بين المتلاعنين ﴿ قال ﴾ واذا أنكر الزوج القذف فاقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد اما اللعان فلان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ثم قال ابن أبي ليلى انكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد ولكنا نقول انكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم اقامة انكاره مقام اكذابه نفسه فلهذا لايحد ﴿ قال ﴾ واذا نفى الرجل حبل امرأته فقال هو من زنا فلا لعان بينهما ولاحد قبل الوضع في قول علمائنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى

يلاعنها لحديث هلال بن أمية رضي الله عنه فانه قذف امرأته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ولان الحبل يعرف وجوده بالظاهر ويتعلق به أحكام شرعا نحو الرد بالعيب والميراث والوصية به وله فكذلك يثبت حكم اللعان بنفيه (وحجتنا) ما قال في الكتاب ان نفي الحبل ليس بشيء لانه لايدرى لعله ريح واللعان في قذف الزوج زوجته بمنزلة الحد في قذف الاجنبية فلا يجوز اقامته مع الشبهة بخلاف حكم الرد بالعيب فانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية تتوقف على انفصال الولد ولا تتقرر في الحال فاما الحديث من أصحابنا من قال انه قذفها بالزنا نصا فانه قال وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزنى بها ثم نفي الحبل بعد ذلك وعندنا اذا قذفها بالزنا نصاً يلاعنها على ان النبي صلى الله عليه وسلم عرف من طريق الوحي انها حبلى حتى قال ان جاءت به أحيمر على نعت كذا فهو لهلال ابن أمية رضي الله عنه وان جاءت به أسود جعداً حمالياً فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن ومثل هذا لا يعرف الا بطريق الوحي ولا يتحقق مثله في زماننا ثم عند أبي حنيفة اذا جاءت بالولد يثبت نسبه من الزوج ولا يجرى اللعان بينهما بذلك النفي وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر منذ نفي فكذلك وان جاءت به لاقل من ستة أشهر لاعن ولزم الولد أمه لانا تيقنا ان الحبل كان موجوداً حين نفاه عن نفسه فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء والدليل عليه حكم الوصية والميراث فانه يثبت اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر لتيقننا انه كان موجوداً وقت السبب وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل هذا القذف لم يكن موجباً للعان فلا يصير موجباً بعد ذلك لانه حينئذ يكون هذا في معنى قذف مضاف والقذف لايحتمل الاضافة ولا التعليق بالشرط وبه فارق الوصية والميراث لانه يمكن اثباته على سبيل التوقف والاضافة الى مابعد الانفصال يقرره انه لو لاعنها قبل الوضع كما قال الشافعي يحكم على الحبل بقطع نسبه من الزوج اذ النسب من حق الولد والزام الحكم على الحمل لايجوز فاذا تعذر نفي النسب عند النفي لايصير محتملا للنفي بعد ذلك ولو لاعنها بعد الوضع لنفي النسب عنه وذلك لا يجوز واذا تعذر نفي النسب يتعذر اللعان كما لو ولدت ولداً ميتاً واذا لاعنها بغير ولد فلها النفقة والسكنى في العدة لان وقوع الفرقة بسبب من جهة الزوج ولهذا كان طلاقا فاذا جاءت بولد ما بينها وبين سنتين لزمه الولد لانها جاءت به لمدة يتوهم

أن العلوق في حال قيام النكاح وان لم يكن عليها عدة لزمه الولد مابينه وبين ستة أشهر كما لو وقعت الفرقة بينهما بسبب آخر ولو نفي هذا الولد لم يجر اللعان بينهما عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى يجرى اللعان بينهما لان الاصل عنده أن اللعان يجرى لنفى الولد مقصوداً ولهذا قال في النكاح الفاسد اذا دخل بها الزوج ثم جاءت بولد فنفاه يجرى اللعان بينهما لنفي الولد مقصوداً وهذا لانه محتاج الى أن ينفى عن نفسه نسباً ليس منه واللعان مشروع لحاجته فأما عندنا حكم اللعان ثبت بالنص في الزوجات قال الله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولا زوجية في النكاح الفاسد ولا بعد البينونة ولانه لو جرى اللعان بينهما انما يجرى لنفي الولد وقد حكم الشرع بثبوت نسب الولد منه حين أوجب المهر والعدة بالنكاح الفاسد وبعد الحكم بثبوت النسب لا يتصور نفيه توضيحه أن نفي النسب تبع لقطع الزوجية والتفريق بينهما وقيام التبع بالمتبوع فاذا تعذر الحكم عليه بقطع الزوجية يمتنع جريان اللعان بينهما ﴿ قال ﴾ واذا لاعنها بولد ثم جاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر أو أكثر مابينها وبين السنتين لزمه هذا الولد لان العلوق به موهوم أنه كان في حال قيام النكاح ﴿ قال ﴾ واذا ولدت المرأة ولدين في بطن واحد فأقر بالاول ونفي الثاني لزمه الولدان ويلاعنها فان نفي الاول وأقر بالثاني لزماه ويحد لان اقراره بنسب أحدهما اقرار بنسبهما فانهما توأم لا ينفصل أحدهما عن الآخر في حكم النسب لعلمنا انهما خلقا من ماء واحد فاذا أقر بالاول كان هذا كاقراره بهما ثم في نفي الثاني هو قاذف لها بالزنا فيلاعنها وان نفي الاول فقد صار قاذفا لها بالزنا وحين أقر بالثاني فقد أكذب نفسه فيلزمه الحد ونسب الولدين ثابت منه لان اقراره باحدهما كاقراره بهما وان نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان فانه يلاعن على الحي منهما وهما ولداه لان الذي مات قد لزمه نسبه ألا ترى أنه يرثه لو كان له مال وانه لو قتل كان له الميراث من ديته والحكم بثبوت نسب أحدهما منه حكم بثبوت نسبهما فلا يحتمل النفي بعد ذلك ولانه لو قطع نسب هذا الحي منه قطع نسب الميت أيضاً والنسب كما لا يمكن اثباته بعد الموت بالدعوة لا يمكن قطعه بالنفي لان فيه الزام الحكم على الميت من غير خصم عنه فان الاخ لا ينتصب خصما عن أخيه ولكن لا يمتنع جريان اللعان بينهما لانه قذفها بالزنا وليس من ضرورة اللعان قطع النسب والنسب انما لزمه حكما فلا يكون ذلك بمنزلة اكذابه نفسه في منع جريان اللعان بينهما وكذلك لو كانت ولدت أحدهما ميتا فنفاهما لان المولود ميتا ثابت النسب منه

حتى لو ضرب انسان بطنها فلزمته الغرة كان للوالد منه الميراث واذا لزمه نسب أحدهما لزمه نسبهما ﴿ قال ﴾ وان ولدت ولداً فنفاه ولاعن به ثم ولدت من الغد ولداً آخر لزمه الولدان جميعا واللعان ماض لان نسب الذى كان فى البطن لم يثبت فيه حكم الحاكم لما فيه من الزام الحكم على الحمل وذلك ممتنع ولا يجوز أن يتوقف على الانفصال فاذا انفصل كان ثابت النسب منه وهما توأم اذ ليس بينهما مدة حبل تام ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ولان اعتبار جانب الذى كان منفصلا وقت اللعان يوجبه نفى النسب واعتبار جانب الآخر يثبت النسب وانما يحتاط لاثبات النسب لا لنفيه فان قال هما ابناى كان صادقا ولا حد عليه لأن نسبهما منه يثبت شرعا فهو بهذا اللفظ يخبر عما يلزمه شرعا فلا يكون اكذابا منه نفسه توضيحه أن كلامه محتمل يجوز أن يكون مراده الا كذاب بدعوى النسب ويجوز أن يكون مراده الاخبار بما لزمه شرعا والحد لا يجب مع الاحتمال وان قال ليسا بابنيّ كانا ابنيه لان نسبهما لزمه حكما فلا يملك نفيه ولا حد عليه لانه بهذا اللفظ كرر القذف الذى لاعنها به فلا يلزمه بالتكرار حد ولو قال كذبت فى اللعان وفيما قذفتها به كان عليه الحد لانه صرح با كذابه نفسه وذلك يوجب الحد عليه ﴿قال﴾ ولو نفى ولد زوجة محدودة أو كتابية أو مملوكة والزوج حر أوعبد كان نفيه باطلا ويلزم الولد اياه لان النسب قد ثبت منه بالفراش فلا ينقطع الا باللعان وقد تعذر اثباته بينهما لانعدام أهلية الشهادة فيهما أوفى أحدهما فيبقى النسب ثابتا منه ولا حد على الزوج ولا لعان وقد أجمل هذا الجواب لانه في السؤال ذكر الزوج العبد والمرأة المحدودة وقد بينا فيما سبق ان العبد اذا قذف امرأته المحدودة فعليه الحد فيحمل هذا الجواب على ما اذا كان الزوج حرا مسلما حتى يمتنع جريان اللعان من قبلها فحينئذ لا يجب الحد ولا اللعان ﴿ قال ﴾ واذا التعن الرجل ثلاث مرات والتعنت المرأة ثلاث مرات ثم فرق القاضى بينهما فقد أخطأ السنة والفرقة جائزة عندنا وعلى قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى حكمه بخلاف السنة باطل فلا تقع الفرقة بينهما لانه حكم بخلاف النص فان اللعان بالكتاب والسنة خمس مرات والحكم بخلاف النص باطل كما لو حكم بشهادة ثلاثة نفر فى حد الزنا أو بشهادة رجل وامرأة بالمال ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ان هذا حكم في موضع الاجتهاد فيجوز وينفذ كالحكم بشهادة المحدود فى القذف ونحوها وبيانه من وجهين أحدهما ان ماشرع مكرراً من واحد فقد يقام الا كثر منه مقام

الكل والثاني ان تكرار اللعان للتغليظ ومعنى التغليظ يحصل بأكثر كلمات اللعان لانه جمع متفق عليه وأدنى الجمع كأعلاه فى بعض المواضع فاذا اجتهد القاضى وأدي اجتهاده الى هذا الحكم نفذ حكمه ألا ترى انه لو فرق بينهما بعد لعان الزوج قبل لعان المرأة ينفذ حكمه لكونه مجتهداً فيه فبعد ماأتى كل واحد منهما بأكثر كلمات اللعان أولى ولا نسلم ان قضاءه مخالف للنص لان أصل الفرقة ومحلها غير مذكور فى النص وهذا الاجتهاد فى محل الفرقة فان من أبطل هذا القضاء يقول لاتقع الفرقة وان أتمت المرأة اللعان بعد ذلك ولاينفذ حكمه وان أتم الزوج اللعان وانما تقع الفرقة عنده بلعان الزوج ولو فرق بينهما بعد ماالتعن كل واحد منهما مرتين لم ينفذ حكمه لان بقاء أكثر اللعان كبقاء جميعه فهذا حكم في غير موضع الاجتهادفان أقل الشئ لايقوم مقام كماله ﴿قال﴾ ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينهماحتي مات أحدهما توارثا لان الفرقة عندنا لاتقع الابقضاء القاضى فانما انتهى النكاح بينهمابالموت ﴿ قال ﴾ ولو أخطأ القاضى فأمر المرأة فبدأت باللعان ثم التعن الرجل كان عليه ان يأمر المرأة باعادة اللعان لانها التعنت قبل أوانه فان اللعان مشروع فى جانبها لمعارضة لعان الزوج لانها لايثبت بلعانها شئ على الزوج وماحصل قبل أوانه لا يعتد به فيأمرها باستقبال اللعان فان لم يأمرها بذلك وفرق بينهماوقعت الفرقة كما لو التعن الزوج ولم تلتعن المرأة حتى فرق بينهما لانه حكم فى موضع الاجتهاد لان فيما طريقه على طريق المعارضة لافرق بين ان يسبق هذا أوذاك وفي باب التحالف له ان يبدأ بيمين أيهما شاء ولانهما متلاعنان سواء بدأت هى أو هو وحكمه فى موضع الاجتهاد نافذ ﴿قال﴾ واذا قذف أجنبية ثم تزوجها فقذفها فرافعته فيهما جلد الحدود رئ اللعان لان موجب قذفه قبل التزوج الحد وموجب قذفه بعد التزوج اللعان ولكن متى اجتمع الحدان عند الامام وفى البداية بأحدهما إسقاط الآخر بدئ بمافيه اسقاط الآخر احتيالا للدرء ولوبدأ باللعان هنا لم يسقط الحدولو بدأ بالحد يسقط اللعان لان المحدود فى القذف لايلاعن امرأته فلهذا يبدأ بالحد ولو أخذته بالآخر وتركت الاول لاعنها لان حد القذف لايقام الا بطلب المقذوف فاذا لم يطلب صار القذف الاول كالمعدوم فى حق الثانى وقد وجد منها الخصومة في الثانى فيلاعنها فان أخذته بعد ذلك بالاول ضرب الحدلان بترك الطلب زمانا لايسقط حقها فى المطالبة بحد القذف بعد تقرر الموجب لحدالقذف وان بدأت بالاول حدلها فان أخذته بعد ذلك بالآخر لم يلزمه حد

ولا لعان لان القذف الثاني كان موجبا للعان وقد تعذر اقامته حين صار محدوداً في قذف ولو كان موجبا للحد لا يقام الا حد واحد وقد أقيم ذلك بعد القذفين ﴿قال﴾ واذا قذف امرأته مرات فعليه لعان واحد لان اللعان في كونه موجب قذف الزوجات كالحد في حق الاجنبيات والحد لا يتكرر بتكرر القذف لشخص واحد ﴿قال﴾ واذا قذف أربع نسوة في كلمة واحدة أو في كلمات متفرقة فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف مالو قذف أجنبيات فانه يقام عليه حد واحد لهن لان المقصود يحصل باقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن في كلمات اللعان فقد يكون صادقا في بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك باللعان مع بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد هنا والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات ﴿قال﴾ ولو قذف رجلا فضرب بعض الحد ثم قذف امرأة نفسه لم يكن عليه لعان وعليه تمام الحد لذلك الرجل لان قذفه اياها موجب للعان فان باقامة بعض الحد عليه لا تبطل شهادته ولكن لا بد من اكمال الحد لذلك الرجل أولا لان في البداية باسقاط اللعان فانه يصير محدوداً في قذف فيبدأ باكمال الحد الاول لهذا ولو كان قذفه اياها في هذه الحالة موجباً للحد لم يجب الا اكمال الحد الاول كما لو قذف أجنبياً آخر ﴿قال﴾ واذا قذف امرأته ثم بانت منه بطلاق أو غيره فلا حد عليه ولا لعان لان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود به ولا حد عليه لان قذفه كان موجباً للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين ولو أكذب نفسه لم يضرب الحد أيضا لهذا المعنى بخلاف مالو أكذب نفسه بعد مالاعنها لان وجوب اللعان هناك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة باكذابه نفسه فيكون هذا نظير الشهود بالزنا فاما هنا لم توجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان أكذب نفسه ﴿قال﴾ ولو قال انت طالق ثلاثا يازانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلاث فانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يازانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد ماقذفها اذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان وهذا لانه وان ذكر كلامه على سبيل النداء فقد نسبها به الى الزنا لان النداء للتعريف وتعريفها بهذا الوصف نسبتها اليه بابلغ الجهات

﴿قال﴾ واذا علق القذف بشرط لم يجب حد ولا لعان لان القذف مما لا يحلف به فلا يتعلق بالشرط ولان التعلق بالشرط يمنع تحقق نسبتها الى الزنا فى الحال ولان من لا تكون زانية قبل دخول الدار لا تكون زانية بدخول الدار وكذلك لو قال اذا تزوجتك فانت زانية أو انت زانية ان شاء فلان فهو باطل لما قلنا ﴿قال﴾ ولو قال لامرأته قد زنيت قبل أن أتزوجك أو رأيتك تزنين قبل ان أتزوجك فهو قاذف اليوم وعليه اللعان لان القذف نسبتها الى الزنا وقد تحقق ذلك فى الحال بخلاف مالو قال قذفتك بالزنا قبل ان أتزوجك فانه يجب عليه الحد لانه ظهر باقراره قذف قبل التزوج فهو كما لو ثبت ذلك بالبينة بخلاف مالو قال لها زنيت وأنت صغيرة فانه لا حد عليه ولا لعان فان فعل الصغيرة لا يكون زنا شرعاً فقد نسبها الى مالا يتحقق شرعاً فيكون هذا بمنزلة مالو نسبها الى مالا يتحقق اصلا بأن قال زنيت قبل ان تخلقى فاما ما قبل التزوج يتحقق منها فعل الزنا شرعا ولان الصغيرة لا يلحقها العار ولا الاثم شرعا والقذف بالزنا يتعير به المقذوف وقد يكون فيه آثما شرعا وان قال لها فرجك زان أو جسدك زان أو بدنك زان فهو قذف لانه ذكر مايعبر به عن جميع البدن بخلاف الرجل واليد وبأى لغة رماها بالزنا فهو قاذف لان مايلحقها من العار والشنار بالنسبة الى الزنا لا يختلف بين العربية والفارسية واذا قال وجدت رجلا معها يجامعها لم يكن قاذفا لان الجماع قد يكون حلالا وشبهة وبدون التصريح بالزنا لا يكون القذف موجباً كما فى حق الاجانب مالم يصرح بالزنا لا يكون موجباً للحد ﴿قال﴾ رجل قال لامرأته يازانية فقالت بل أنت فانها تحد له ويدرأ اللعان لان معنى كلامها لا بل أنت الزانى وقذفها اياه موجب للحد وفى البداية به اسقاط اللعان لانها تصير محدودة فى قذف وقد بينا أنه متى كان فى البداية باحد الحدين اسقاط الاخر يبدأ به وذكر فى الاصل أنه لو قال لامرأته يازاني فعليه اللعان لانه قاذف لها وان أسقط الهاء من كلامه لان الاسقاط للترخيم عادة العرب بخلاف مالو قال لرجل يازانية لم يكن عليه حد فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهي مسئلة الحدود وقذف الأصم امرأته يوجب اللعان لان التصريح بالنسبة الى الزنا يتحقق من الأصم بخلاف الاخرس ولو قذف رجل امرأة رجل فقال الزوج صدقت لم يكن عليه حد ولا لعان لانه ليس بتصريح بالنسبة لها الى الزنا فمن الجائز ان مراده صدقت هى امرأته وهذا اللفظ لا يكون قذفا في حق الاجانب فكذلك فى حق الزوجة ﴿قال﴾ وان قال يازانية فقالت زنيت

بك فى القياس يلاعنها لان كلامها ليس باقرار بالزنا منها فان فعل المرأة بزوجها لايكون زنا ولكن فى الاستحسان ليس بينهما حد ولا لعان لانها بأول كلامها صارت مصدقة له حين قالت زنيت ولان كلامها محتمل لعلها أرادت زنيت بك قبل النكاح ولعلها أرادت بعد النكاح فلاحتمال الوجه الاول يسقط اللعان ولاحتمال الوجه الثانى لاتكون هى قاذفة له فلا يلزمها الحد وان قال يازانية فقالت أنت أزنى منى فعليه اللعان لان كلامها ليس بقذف له فان معناه أنت أقدر على الزنا مني ولهذا لو قذف الاجنبي بهذا اللفظ لايلزمه الحد وكذلك لو قال الزوج أنت أزنى من فلانة أو أنت أزني الناس فلا حد ولا لعان لان معنى كلامه أنت أقدر على الزنا أو أكثر شبقاً فلا يتحقق نسبتها الى الزنا بهذا اللفظ واذا قذفها أو نفى نسب ولدها فصدقته لم يكن بينهما حد ولا لعان لانها بتصديق الزوج فيما نسبها اليه من الزنا تخرج من أن تكون محصنة والولد ولده لان النسب يثبت منه بالفراش فلا ينتفى الا باللعان وقد تعذر اللعان بينهما فان قذف امرأة رجل فقال الرجل صدقت هى كما قلت كان قاذفا لها لانه صرح بآخر كلامه أن مراده من التصديق أول الكلام ومعناه هى زانية كما قلت بخلاف مالو قال مطلقا صدقت ولو قال لامرأته يازانية بنت الزانية فقد صار قاذفا لها ولامها وقذفه أمها موجب للحد وقذفه إياها موجب للعان فاذ رفعته هى وأمها بدئ بالحد لما فى البداية به من اسقاط اللعان وكذلك ان كانت الام ميتة فللبنت أن تخاصم فى اقامة الحد لان العار يلحقها بزنا أمها فاذا خاصمت في ذلك حد لها ودرئ اللعان وان قال زنيت مستكرهة أو زني بك صبي لم يكن قاذفا لها لان المستكرهة لاتكون زانية شرعا فان الفعل ينعدم منها وهو التمكين في الاكراه ولهذا لايلزمها الحد وكذلك فعل الصبي لايكون زنا شرعا وهى بالتمكين من غير الزنا لاتكون زانية فلا يكون قاذفا لها ولو قذفها ثم وطئت وطئاً حراما سقط اللعان لانها خرجت من ان تكون محصنة والعارض في الحدود قبل الاقامة كالمقترن بأصل السبب

﴿قال﴾ واذا ولدت المرأة ولداً ثم نفى الولد بعد سنة لاعنها ولم ينتف الولد انما استحسن اذا نفاه حين يولد أو بعد ذلك بيوم أو يومين أو نحو ذلك ان ينتفي باللعان فهذا قول أبى حنيفة رضي الله ولم يكن وقت فيه وقتا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الوقت فيه أيام النفاس أربعون يوما وجه قولهما ان مدة النفاس كحالة الولادة بدليل انها لاتصوم فيه ولا تصلى وأبو حنيفة رحمه الله تعالي يقول اذا لم يكن الولد منه لايحل له ان يسكت عن نفيه بعد

الولادة فيكون سكوته عن النفي دليل القبول وكذلك يهنى بالولد عند الولادة فقبوله بالتهنئة اقرار منه ان الولد منه وكذلك يشتري مايحتاج اليه لاصلاح الولد عادة وبعد وجود دليل القبول ليس له ان ينفيه وكان القياس ان لايصح نفيه الا على فور الولادة وبه أخذ الشافعي ولكنه استحسن أبو حنيفة رحمه الله فقال له ان ينفيه بعد ذلك بيوم أو يومين لانه يحتاج الى ان يروى النظر لئلا يكون مجازفا في النفي قال صلى الله عليه وسلم من نفي نسب ولده وهو ينظر اليه فهو ملعون ولا يمكنه ان يروى النظر الا بمدة فجعلنا له من المدة يوما أو يومين وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة سبعة أيام فى هذه المدة يستمد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف فان نصب المقدار بالرأى لا يكون ﴿قال﴾ ولو كان الزوج غائبا حين ولدته فحضر بعد مدة يجعل في حقه في حكم النفي كأنها ولدته الآن الا أنه روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان حضر قبل الفصال فله أن ينفيه الى أربعين ليلة ولو حضر بعد الفصال فليس له أن ينفيه لانه يقضى بنفقته عليه في ماله الذى خلفه ولو كان له أن ينفيه بعد الفصال لكان له أن ينفيه بعد ما صار شيخاً وهذا قبيح هذا كله ان لم يقبل التهنئة فاما اذا هنئ فسكت فليس له أن ينفيه بعد ذلك لان سكوته عند التهنئة بمنزلة قبوله التهنئة وذلك بمنزلة الاقرار بنسبه الا أنه روى عن محمد رحمه الله تعالى انه اذا هنئ بولد الامة فسكت لم يكن قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب منه فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس بدعوة فاما نسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يكون مسقطا حقه في النفي ﴿قال﴾ واذا لاعن بولد ولزم أمه ثم مات الولد عن مال فادعاه الاب لم يصدق على النسب والميراث لان الولد بالموت قد استغنى عن النسب فكان هذا منه دعوى الميراث وهو مناقض فى دعواه لكن يضرب الحد لانه أكذب نفسه وأقر أنه كان قاذفا لها فى كلمات اللعان فان كان الولد ابناً له فمات وترك ولداً ذكراً أو أنثى ثبت نسبه من المدعى وورث الاب منه لان الولد الباقي محتاج الي النسب فبقاؤه كبقاء الولد الاول فأما اذا كان ولد الملاعنة بنتا فماتت عن ولد ثم أكذب الملاعن نفسه فكذا الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى [1] وعندهما لا يثبت النسب هنا لان نسب الولد القائم من جانب ابيه لا من جانب أمه قال القائل

---

(١) وجد في احدي النسخ بين هذه الجملة وما بعدها مانصه (والجواب على العكس عند أبي

وانما

وانما أمهات الناس أوعية　　مستودعات وللانساب آباء

ألا ترى ان أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة وهذا وما لوماتت لا عن ولد سواء ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الولد يتعير بانتفاء نسب أمه كما يتعير بانتفاء نسب أبيه فكان هذا الولد محتاجاً الى اثبات نسب أمه ليصير كريم الطرفين فيكون بقاؤه كبقائها كما لو كان ولد الملاعنة ذكراً واذا ثبت النسب فالميراث ينبنى عليه حكما ﴿ قال ﴾ ولو ولدت امرأة الرجل فقال الزوج لم تلده فلا حد عليه ولا لعان لانه أنكر ولادتها وذلك لا يتضمن نسبتها الى الزنا ولو شهدت امرأة على الولادة ثبت نسبه منها لقيام الفراش بينهما فاذا نفاه بعد ذلك لاعنها وان قال ليس هذا مني ولا منك لم يكن بهذا قاذفا لها لانه ينكر ولادتها هذا الولد بهذا اللفظ ﴿ قال ﴾ واذا قذف امرأته ثم ارتدت ثم أسلمت ثم تزوجها لم يكن لها أن تأخذه بذلك القذف لانها بالردة خرجت من ان تكون محصنة ولانها بانت منه بالردة ولو بانت بسبب آخر لم يكن عليه حد ولا لعان فاذا بانت بالردة أولى ﴿ قال ﴾ واذا لاعن الرجل امرأته بغير ولد ثم قذفها هو أو غيره فعليه الحد لانها بقيت محصنة بعد اللعان والتفريق فان اللعان بينهما باعتبار كونها محصنة فلا تخرج به من أن تكون محصنة ﴿قال﴾ وان لاعنها بولد ثم قذفها هو أو غيره فلا حد عليه ولا لعان لانها في صورة الزانيات فان في حجرها ولداً لا يعرف له والد فلا تكون محصنة فان ادعى الزوج الولد جلد الحد وألزم الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانها خرجت من أن تكون في صورة الزانيات حين ثبت نسب ولدها من الزوج ولا حد على من كان قذفها قبل ذلك لان حال وجود السبب في الحدود معتبر لا محالة وقد كانت عند القذف في صورة الزانيات ﴿قال﴾ ولو ادعي الولد ثم مات قبل أن يحد ثبت نسب الولد منه بالدعوة وضرب من قذف المرأة بعده الحد وكذلك لو أقامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر ثبت نسبه منه وضرب الحد لأن الثابت بالبينة على الزوج أنه ادعاه كالثابت بالاقرار ومن قذفها بعد ذلك ضرب الحد لانها خرجت من أن تكون في صورة الزانيات ﴿قال﴾ واذا قذف الرجل امرأته فرافعته فأقامت

حنيفة رحمه الله تعالى لا يثبت وعندهما يثبت هكذا ذكر في عامة كتب الاصل وكذا ذكر شمس الأئمة في آخر كتاب الولاء) وهذه ليست من الاصل وانما هي حاشية كتبت على الهامش فأدخلها الناسخ في الاصل ظنا أنها منه اه مصححه

شاهدين أنه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بالمعاينة ﴿قال﴾ واذا رجع الملاعنان الى حال لا يتلاعنان فيه أبداً فان كان بعد التفريق حل له أن يتزوجها فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وان كان قبل التفريق لم يفرق بينهما وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا يجتمعان أبداً وقد بينا هذه المسئلة وحاصل مذهب أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن التفريق بينهما والحرمة للتحرز عن تكرار اللعان وقد زال ذلك المعنى حين صارا الى حال لا يتلاعنان فيه أبداً ﴿قال﴾ واذا أسلمت امرأة الذمى فقذفها ثم أسلم فعليه الحد لانها كانت محصنة حين قذفها فكان اللعان ممتنعا باعتبار حال الزوج فانه كافر فلزمه الحد ثم لا يسقط ذلك بعد اسلامه وكذلك العبد يعتق بعد ما قذف امرأته ﴿قال﴾ ولو قذف الحر امرأته الذمية أو الامة ثم أسلمت أو أعتقت لم يكن عليه حد ولا لعان لان امتناع جريان اللعان بمعنى من جهتها عند القذف فلا يجرى اللعان وان ارتفع المعنى بعد ذلك واذا أعتقت المرأة الامة ثم قذفها الزوج فعليه اللعان لبقاء النكاح بينهما عندنا بعد ما عتقت فان اختارت نفسها بطل اللعان لوقوع الفرقة بينهما باختيارها نفسها ولا مهر عليه ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وان لم تكن اختارت حتى يلاعنها ويفرق بينهما فعليه نصف المهر لان الفرقة محال بها على جانب الزوج هنا ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى اللعان تطليقة بائنة وكذلك لو كان دخل بها ثم فرق بينهما باللعان فلها النفقة والسكنى فى العدة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة فى اللعان

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم وأمضي عليها الحد عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لانه خصم فى ذلك فانه يصير قاذفا لها مستوجبا للعان ولا شهادة للخصم ولانه شاهد طعن لان الزوج يغيظه زناها فيحمله ذلك على أن يشهد عليها لا بطريق الحسبة ولانه يدعى عليها الجناية فى أمانته فالفراش أمانة الزوج عندها ولا شهادة للمدعى ولكنا نقول لو شهد عليها بحق آخر قبلت الشهادة لظهور العدالة وانتفاء التهمة فكذلك بالزنا بل أولى لان انتفاء التهمة هنا أظهر والظاهر أن الزوج يستر الزنا على امرأته لان ذلك يشينه ومعنى الغيظ الذى قال يبطل

بالاب اذا شهد على ابنته بالزنا تقبل وان كان يغيظه زناها ولا معني لقوله أنه خصم لان اخراجه الكلام مخرج الشهادة في الابتداء يمنع كونه خصما مستوجبا للعان كالاجنبي فان قذف الاجنبي موجب للحد ثم اذا أخرج الكلام مخرج الشهادة فى الابتداء لم يكن مستوجبا للحد وكان محتسبا في الشهادة بخلاف مالو قذفها أولا لانه صار مستوجباً للعان فانما يقصد بالشهادة بعد ذلك اسقاط اللعان عن نفسه والحد الواجب بزناها بخلص حقا لله تعالى وانما يكون الزوج مدعياً اذا قصد بشهادته اثبات حق لنفسه وليس فى هذه الشهادة اثبات حق له ولو ردت شهادتهم بان لم يعدلوا لم يجب اللعان على الزوج كما لا يجب الحد على الاجانب لتكامل عدد الشهود وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال لو قذفها الزوج ثم جاء بأربعة يشهدون عليها بالزنا فلم يعدلوا لاعنها الزوج لانه قد استوجب اللعان بقذفه فلا يسقط عنه الا بثبوت الزنا عليها والاصح أنه لا يلاعنها لان القاذف لو كان أجنبيا فاقام أربعة من الشهداء بهذه الصفة لم يحد وكذلك لا يلاعنها الزوج ولو شهد مع الزوج ثلاثة من العميان بالزنا عليها يحد العميان ويلاعنها الزوج لانه يتيقن بكذب العميان فى الشهادة بالزنا فان تحمل هذه الشهادة لا يكون الا عن معاينة وليس للعميان تلك الآلة فلا تعتبر شهادتهم ويلزمهم الحد بالقذف ويلاعنها الزوج بقذفه أيضا بخلاف الفساق فان لهم فى الزنا شهادة لانا لا نتيقن بكذبهم فيه ﴿قال﴾ واذا شهد للمرأة ابناها على زوجها أنه قذفها لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لامهما وكذلك لو شهد أب المرأة وابن لها وكذلك لو شهد لها رجل وامرأتان بالقذف لم يجز لان هذا حد فلا تجوز شهادة النساء في الحدود هكذا نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله تعالى عنهم وكذلك لا تجوز الشهادة على الشهادة في هذا لان فى كلا النوعين ضرب شبهة والحد لا يثبت مع الشبهة ولكن فى هذا التعليل كلام فان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى اللعان شهادة فيه معنى اليمين وعند محمد رحمه الله تعالى يمين فيه معنى الحد وفائدة هذا الاختلاف فيما اذا عزل القاضى أو مات بعد اللعان قبل التفريق عندهما القاضى الثاني يستقبل اللعان لانها شهادة لم يتصل بها الحكم وعند محمد رحمه الله تعالى لا يستقبله لانها يمين في معني الحد واليمين والحد اذا أمضاها القاضى لا يستقبلهما قاض آخر واستدل محمد رحمه الله تعالى بقوله صلى الله عليه وسلم لو لا الايمان التى سبقت لكان لى ولها شأن ولان فى كلمات اللعان قوله بالله وهذا يمين ويستوى فى اللعان الرجال والنساء ولا مساواة

بينهما في الشهادة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله تعالى فشهادة أحدهم ولانه يختص بمجلس القضاء ولفظ الشهادة فيكون شهادة فيها معنى اليمين لقوله بالله ولهذا سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم يمينا وفي بعض الروايات لو لا الشهادات التي سبقت وفي الشهادة على الولادة يستوي فيه الرجال والنساء حتى تقبل شهادة امرأة واحدة لاجل الحاجة فهنا كذلك ثم على قول محمد رحمه الله تعالى هذا التعليل واضح لان في اللعان معنى الحد فأما على قولهما معنى هذا التعليل ان قذف زوجته قد يكون موجبا للحد اذا تعذر اللعان بسبب من جهته فلهذا لا يثبت بالحجة التي فيها شبهة ﴿قال﴾ وان شهد أحدهما أنه قذفها بالزنا وشهد الآخر أنه قال لولدها هذا من الزنا لم يجز لانهما اختلفا في المشهود به لفظا ومعني فان نسبة الولد الى أنه مخلوق بالزنا غير قذفها بالزنا والموافقة بين الشاهدين لفظا في هذا الموضع معتبرة ولهذا لو شهد أحدهما انه قذفها بالعربية والآخر انه قذفها بالفارسية لا تقبل ولو شهد أحدهما انه قال لها زنى بك فلان وشهد الآخر انه قال لها زنا بك فلان لرجل آخر فعليه اللعان لان فعلها بالزنا هو التمكين من فعل الزنا وذلك لا يختلف باختلاف الفاعل اذا كان فعل كل واحد من الفاعلين زنا فقد اتفق الشاهدان على انه قذفها بالزنا لفظا ومعنى وانما اختلفا فيما لا حاجة بهما الى ذكره ولو كان قذفها برجل واحد وجاء ذلك الرجل يطالب حده جلد الحد ودرئ اللعان لانه اجتمع عند الامام حدان فان قذفه في حق الرجل موجب للحد وفي حقها موجب للعان ومتى اجتمع حدان وفي البداية باحدهما اسقاط الآخر يبدأ بذلك ﴿قال﴾ واذا شهد الشاهدان على الزوج بالقذف حبسه حتى يسأل عن الشاهدين ولم يكفله لانه لا كفالة في الحدود وهذا في معني الحد فان قالا نشهد انه قذف امرأته وأمنا في كلمة واحدة لم تجز الشهادة لانها بطلت في حق أمهما فانهما يشهدان لها ومتى بطلت الشهادة في بعض الكلمة الواحدة بطل في كلها وان شهد ابناه من غيرها على قذفه اياها وأمهما عنده لم تجز شهادتهم لما فيها من نفع أمهما فانها لو قبلت فرق بينهما باللعان فيخلص الفراش لامهما وهو كما لو شهدا عليه بطلاق ضرة أمهما قال الا ان الاب اذا كان عبداً أو محدوداً في قذف فتجوز شهادتهما عليه ولا يضرب الحد لانهما يشهدان على ابيهما بالحد وليس فيه منفعة لامهما ﴿قال﴾ ولو شهد عليه شاهدان بقذف امرأته فعدلا ثم غابا أو ماتا قبل ان يقضي القاضي بشهادتهما فانه يحكم باللعان فان الموت والغيبة لا تقدح في عدالتهما بخلاف مالو

عميا أو ارتدا أو فسقا وهكذا الجواب في كل حد ماخلا الرجم فانه لايقام بعد موت الشهود أو فسقهم لان الشرط فيه ان يبدأ الشهود وذلك يفوت ﴿قال﴾ ويقبل توكيل المرأة في اثبات القذف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما يقبل توكيل المقذوف اذا كان اجنبياً في اثبات القذف فاذا جاء موضع الاقامة فلا بد من ان يحضر لان اللعان لاتجرى فيه النيابة فان المقصود لايحصل بالنائب ﴿قال﴾ واذا أقام الزوج القاذف شاهدين على اقرار المرأة بالزنا يسقط اللعان عن الزوج لان الثابت باقرارها وبالبينة كالثابت بالمعاينة ولا يلزمها حد الزنا كما لو أقرت مرة واحدة فان الاقارير الاربعة في مجالس متفرقة لابد منها لاقامة حد الزنا وتمتنع الاقامة بانكارها بعد الاقارير الاربعة ولو شهد عليها رجل وامرأتان بذلك درأت اللعان أيضا استحسانا وفي القياس يلاعنها لانه لاشهادة للنساء في باب الزنا فلا يكون لهن شهادة أيضا في اثبات الاقرار بالزنا ولكنه استحسن فقال المقصود هنا درء الحد لا اثباته ودرء الحد يثبت مع الشبهات فتقبل فيه شهادة الرجال مع النساء ولو عفت المرأة عن القذف كان لها ان تخاصم بعد ذلك وتطالب باللعان كما في الحدود في قذف الاجانب عندنا ﴿قال﴾ وان شهد للزوج ابناه منها انها أقرت بالزنا لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما باسقاط اللعان عنه وان شهد شاهدان على رجل انه قذفها وقذف امرأته بعد ذلك أو قبله في كلام متفرق جازت شهادتهما للمرأة لانهما في حق انفسهما مدعيان وفي حق المرأة شاهدان فاذا كان الكلام متفرقا فبطلان شهادتهما في أحد الكلامين لا يبطل شهادتهما في الكلام الآخر بخلاف ما اذا كان الكل في كلام واحد ﴿قال﴾ واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت فاعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا لان قولها صدق كلام محتمل ومالم تفصح بالاقرار بالزنا لايلزمها الحد ولكن يبطل اللعان ولا يحد من قذفها بعد هذا لان الظاهر انها صدقته في نسبتها الى الزنا والظاهر يكفي لاسقاط احصانها ﴿قال﴾ واذا شهد شاهدان بالقذف فقال الزوج يومئذ كانت أمة أو كافرة فالقول قوله في ذلك لانه ينكر وجوب اللعان عليه وهي تدعي ولايمين عليه لان اللعان بمنزلة الحد ولايمين في الحدود فانه لو استحلف انما يستحلف ليتوصل الى اللعان بنكوله وذلك لايجوز وان كانت معروفة الاصل في الاسلام والحرية فعرف ذلك القاضي لم يلتفت الى قول الزوج لانه يعلم أنه كاذب فيما يدعي وان أقاما البينة المرأة على حريتها

واسلامها والزوج على كفرها ورقها وقت القذف فالبينة بينة المرأة لانها هي المدعية لانها تثبت اللعان ببينتها والزوج ينفي ذلك فكانت بينتها أولى الا أن يثبت شهود الزوج ردتها بعد الاسلام الذي شهد به شهودها فحينئذ بينته أولى لان معنى الاثبات في بينته أظهر ﴿قال﴾ وان ادعى الزوج أنها زانية أو قد وطئت وطئاً حراما فعليه اللعان لان احصانها معلوم للقاضي باعتبار الاصل والزوج يدعي ما يسقط احصانها فلا يقبل قوله الا ببينة كما لو علم القاضي حريتها واسلامها فان ادعى الزوج بينة على أنها كما قال أجل الى قيام القاضي فان أحضر بينته والا لاعن لان سبب وجوب اللعان قد ظهر ولكن يمكن الزوج من اقامة البينة على الدفع بقدر ما لا بد له منه وذلك الى قيام القاضي ولا يؤجله أكثر من ذلك لما فيه من الاضرار بها ﴿قال﴾ وان قال الزوج قذفتها وهي صغيرة وادعت أنه قذفها بعد ما أدركت فالقول قوله وان أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها هي المدعية ولانه لا تنافي بين البينتين فيجعل كأنه قذفها مرتين ﴿قال﴾ واذا ادعت على الزوج القذف ولم يكن لها بينة فلا يمين على الزوج لانه حد ولا يمين في الحدود وكذلك ان ادعى الزوج أنها صدقته وأراد يمينها لم يكن عليها يمين لان تصديقها اقرار منها بالزنا ولا يمين في الاقرار بالزنا ﴿قال﴾ فان ادعت قذفا متقادما وأقامت عليه شهوداً جاز لان موجب القذف لا يبطل بالتقادم كالحد في قذف الاجانب فان أقام الزوج البينة انه طلقها بعد ذلك طلاقا رجعيا فلا لعان بينهما ولا حد لان ما يثبته الزوج بالبينة كالمعاين والفرقة بعد القذف مسقطة للعان فيتمكن الزوج من اثباته بالبينة كما لو أقام البينة على فرقة بردتها بعد القذف أو بسبب آخر واذا أقامت المرأة البينة على اقرار الزوج بالولد وهو ينكر وقد نفاه لزمه الولد ولا يستطيع ان ينفيه بعد اقراره هكذا نقل عن عمر وعلي والشعبي رضي الله عنهم قالوا اذا أقر الرجل بولده فليس له ان ينفيه وما لم يقر به فله ان ينفيه واذا نفاه قبل الاقرار لاعنها لانه بعد ما أثبت ولادتها يكون هو بنفي الولد قاذفا لها بالزنا فان قيل لا كذلك فقد يكون ولدها من وطء بشبهة قلنا الولد من وطء بشبهة يكون ثابت النسب من انسان والذي لا يكون ثابت النسب من أحد لا يكون الا من زنا ولا نسب لهذا الولد منه فاذا نفاه فقد زعم انه لا نسب لولدها هذا فيكون قاذفا لها بالزنا ثم كيفية اللعان بنفي الولد على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان يقول الزوج اشهد اني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي ولدها وهي تقول اشهد انه لمن الكاذبين فيما

رماني به من نفي ولدي وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال يقول الزوج أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ونفي ولدها وتقول المرأة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ونفى ولدى وليس هذا باختلاف فى الحقيقة وانما اختلف الجواب لاختلاف الاحوال لجواب محمد رحمه الله تعالى فيما اذا قذفها بالزنا ونفى ولدها وجواب أبي يوسف رحمه الله تعالى فيما اذا نفى ولدها فقط ﴿ قال ﴾ واذا فرق القاضى بينهما بعد اللعان يلزم الولد أمه وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى انه لابد أن يقول القاضى فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد منه حتى لولم يقل ذلك لاينتفي النسب عنه وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى النسب كما بعد موت الولديفرق القاضى بينهما باللعان ولاينتفى نسبه عنه فلا بد من أن يصرح القاضي بنفي النسب لهذاوالله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب ﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه هذا آخر شرح كتاب الطلاق بالمؤثرة من المعانى الدقاق أمـلاه المحصورعن الانطلاق المبتـلى بوحشة الفراق مصليا على صاحب البراق وآله وصحبه أهل الخير والسباق صلاة تتضاعف وتدوم الى يوم التلاق كتبه العبد البري من النفاق

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وبه نستعين وعليه نتوكل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم ﴾

كتاب العتاق

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إعلم بان الاعتاق لغة هو إحداث القوة يقال عتق الفرخ اذا قوى فطار عن وكره وفى الشريعة عبارة عن احداث المالكية والاستبداد للآدمي ومن ضرورته انتفاء صفة المملوكية والرق ولهذا يتعقبه الولاء الذى هو كالنسب لان الاب سبب لايجاد ولده فيكون الولد منسوبا اليه والمعتق مسبب لاحداث صفة المالكية التى اختص الآدمى بها فصار المعتق منسوبا اليه بالولاء ولهذا ندب الشرع اليه بيانه فى حديث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما مسلم اعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار ولهذا استحبوا للرجل أن يعتق العبد وللمرأة ان تعتق الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء والتحرير لغة التخليص يقال طين حر أى خالص عما يشوبه وأرض حرة أى خالصة لاخراج عليها ولا عشر وفى الشريعة عبارة عن جعل الرقبة خالصة لله تعالى قال الله تعالى انى نذرت لك مافي بطنى محرراً ولهذا شرع التحرير فى التكفير لاجل التطهير قال الله تعالى فتحرير رقبة ولهذا ندب الشرع الى فك الرقبة بقوله وما ادراك ماالعقبة فك رقبة وفي حديث البراء بن عازب ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال دلني على عمل يدخلنى الجنة فقال عليه السلام لئن أو جزت الخطبة فقد اعرضت المسئلة فك الرقبة وعتق النسمة قال أو ليسا واحداً يارسول الله قال لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى ثمنها وسأل أبو ذر رضى الله تعالى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن افضل الرقاب فقال اغلاها ثمنا وأنفسها عند اهلها فهذه الآثار تبين ان الاعتاق من باب البر والارفاق وان أفضل الرقاب اعزها عند صاحبها ثم

بدأ الكتاب بحديث أبي الدرداء رضي الله عنه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية في ذلك ولا تتخذوا آيات الله هزواً وقال عمر رضى عنه من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه أى نافذ لازم وفيه دليل على أن الهزل بهذه التصرفات جد كما قال صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهزل واللعب سواء فانه اسم لكلام يكون على نهج كلام الصبيان لا يراد به ما وضع له ونفوذ هذه التصرفات بوجود التكلم بها ممن هو من أهلها ولا معتبر بقصده الى حكمها لان بانعدام القصد الى الحكم ينعدم الرضا بالحكم وذلك لا يمنع لزوم هذه التصرفات لو قرن بها شرط الخيار والمراد بالآيات في قوله تعالى ولا تتخذوا آيات الله هزوا الاحكام والهزء اللعب ففيه بيان أنه لا لعب فى أحكام الشرع وذكر فى الأصل عن الحسن رحمه الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساوم به ولم يشتره فجاء رجل فاشتراه فأعتقه ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك وان مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وفيه دليل أنه لا بأس بالمساومة لمن لا يريد الشراء بخلاف ما يقوله بعض الناس ان هذا اشتغال بما لا يفيد فان فيه فائدة وهو ترغيب الغير في شرائه والرجل تفرس فيه خيرا حين رأي رسول الله صلى الله عليه وسلم ساوم به فلهذا اشتراه وأعتقه وقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك أى فى الدين قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وفيه دليل على أن الولاء يثبت بالعتق وان لم يشترط المعتق بخلاف ما يقوله بعض الناس وقوله فان شكرك أى بالمجازاة على ماصنعت اليه فهو خير له لانه انتدب الى ماندب اليه في الشرع قال صلى الله عليه وسلم من أزلت اليه نعمة فليشكرها وشر لك لانه يصل اليك بعض الجزاء فى الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك فى الآخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم قال صلى الله عليه وسلم من لم يشكر الناس لم يشكر الله وفيه دليل على أن المعتق يكون عصبة للمعتق لانه قال كنت أنت عصبته ويستدل بالظاهر من يؤخر مولى العتاقة عن ذوى الارحام لانه قال ولم يترك وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة ولكن عندنا مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوي الارحام ومعنى

الحديث لم يترك وارثا هو عصبة بدليل قوله كنت أنت عصبته ثم بين أن من عتق عبداً ينبغي أن يكتب له بذلك كتابا والمقصود بالكتاب التوثيق فليكتب على أحوط الوجوه ويتحرز فيه عن طعن كل طاعن ولهذا ذكر فيه أني أعتقك لوجه الله فان من الناس من يقول لا ينفذ العتق اذا لم يقصد المعتق وجه الله تعالى ونحن لا نقول بهذا حتى لو قال أعتقك لوجه الله تعالى أو الشيطان نفذ العتق والحديث الذى بدأ به الكتاب يدل عليه ولكن يذكر هذا للتحرز عن جهل بعض القضاة وكذلك يكتب ولى ولاؤك وولاء عتقك من بعدك لان من الناس من يقول لايثبت الولاء الا بالشرط فيذكره فى الكتاب للتحرز عن هذا ثم الالفاظ التى يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء ويستوى إن ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء أما بصيغة الخبر أن يقول قدأعتقتك أو حررتك لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن ووجه الصحة هنا متعين وهو الانشاء وصيغة الاخبار والانشاء فى العتق واحد واما على سبيل الوصف أن يقول أنت حر أنت عتيق لانه لما وصفه بما يملك ايجابه فيه جعل ذلك بمنزلة الايجاب منه لتحقيق وصفه فان قال أردت الكذب والخبر بالباطل دين فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولكنه لايدين فى القضاء لان هذا اللفظ في الظاهر موضوع لايجاب العتق والقاضى يتبع الظاهر لان ماوراء ذلك غيب عنه وكذلك لو قال ياحر ياعتيق لان النداء لاستحضار المنادى وذلك بذكر ماهو وصف له حتى يعلم أنه هو المقصود بالنداء فهذا ووصفه اياه بالعتق سواء وكذلك لو قال لعبده هذا مولاى أو لامته هذه مولاتى لان المولى يذكر بمعنى الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لامولى لهم ولكن المالك لايستنصر بمملوكه عادة ويذكر بمعنى ابن العم قال الله تعالى وانى خفت الموالى من ورائي ولكن نسب العبد معروف فلا احتمال لهذا المعنى هنا ويذكر بمعني الموالاة فى الدين ولكنه نوع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ويذكر بمعني المولى الا على وذلك غير محتمل عند الاضافة الى العبد فيتعين المولى الأسفل ولايتحقق ذلك الابعد العتق فلهذا عتق به في القضاء وان قال اردت به الولاية في الدين أو الكذب دين فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولم يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر فان قال يامولاى فكذلك الجواب عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يعتق بهذا اللفظ الابالنية لان هذا اللفظ فى موضع النداء يقصد به

الا كرام دون التحقيق يقال ياسيدي ويامولاى ولو قال له ياسيدى ويامالكى لا يعتق به بدون النية فكذلك اذا قال يامولاى ولكنا نقول الكلام محمول على حقيقته ما أمكن وحقيقة قوله يامولاى لا يكون الا بولاء له عليه والعتق متعين لذلك فهذا وقوله ياحر ياعتيق سواء بخلاف قوله ياسيدى ويامالكي لانه ليس فيه ذكر مايختص باعتاقه اياه ومما يلحق بالصريح هنا قوله لمملوكه وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك فانه يعتق به وان لم ينو لأن موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا أنه اذا أوجبه لانسان آخر يكون مزيلا للملك اليه فيتوقف على قبوله واذا أوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط لا اليه فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد برده فأما بيان ألفاظ الكناية قوله لاسبيل لى عليك فانه محتمل يجوز أن يكون المراد لاسبيل لى عليك فى اللوم والعقوبة لانك وفيت بما أمرتك به ولا سبيل لى عليك لانى كاتبتك ولا سبيل لى عليك لانى أعتقتك والمحتمل لا تتعين جهة فيه بدون النية فلا يعتق به الا أن ينوى العتق وكذلك قوله لاملك لى عليك يحتمل لاملك لى عليك لانى بعتك وكذلك قوله قد خرجت من ملكى يحتمل هذا المعنى فلا يعتق به مالم ينو ويدين فى القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو قال له أطلقتك ينوى به العتق أيضا لان الاطلاق يذكر بمعنى التحرير يقال أطلقته من السجن وحررته اذا خلى سبيله ولانه يحتمل أن يكون مراده الاطلاق من الرق الذى عليه فهو كقوله لارق لى عليك فأما اذا قال لامته أنت طالق أو قد طلقتك ونوى به العتق لم تعتق عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى تعتق وكذلك سائر كنايات الطلاق كقوله قد بنت منى أو حرمت على أو أنت خلية أو برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اغربى أو استبرى أو تقنعى أو اذهبي أو قومى أو اختارى فاختارت نفسها أو قال ذلك لعبده فهو كله على الخلاف وجه قول الشافعى أن صريح مايسرى كناية فيما يسرى كلفظ التحرير في الطلاق معنى صريح ما يسرى ماوضع لما يسرى بطريق المطابقة كناية لما هو وصف وهو كونه حرا لمعنى آخر هو مسمى للفظ آخر وتقرير هذا الكلام ان الاستعارة للاتصال بين الشيئين معنى طريق صحيح فى اللغة يقال للبليد حمار وللشجاع أسد للاتصال معنى وهو الشجاعة والبلادة وبين الملكين اتصال من حيث المشابهة معنى لان النكاح فيه معني الرق قال عليه الصلاة والسلام النكاح رق ولانه يستباح بكل واحد منهما الوطء فى محله وبين الازالتين الاتصال في المعني لان كل واحد منهما ابطال للملك ويحتمل التعليق

بالشرط وهو ينبئ عن السراية ويلزم على وجه لا يحتمل الفسخ فاذا ثبتت المشابهة معنى قلنا ما كان صريحا فى ازالة ملك اليمين وهو لفظ التحرير كان كناية في ملك النكاح فكذلك ماهوصريح فى ملك النكاح يجعل كناية صحيحة فى ازالة ملك اليمين ولان التحريم من موجبات التحرير فان الأمة اذا أعتقت حرمت على مولاها وذكر الموجب على سبيل الكناية عن الموجب صحيح كقوله لامرأته اعتدى بنية الطلاق ﴿ وحجتنا ﴾ فى ذلك انه نوى ما لا يحتمله لفظه فهو كما لو قال لها كلى واشربى ونوى العتق وهذا لان المنوى اذا لم يكن من محتملات اللفظ فقد تجردت النية عن لفظ يدل عليه وبيان ذلك انه لا مشابهة بين العتق والطلاق صورة ولا معنى لان الطلاق ازالة المانع من الانطلاق فان المرأة بعد عقد النكاح حرة محبوسة عند الزوج فبالفرقة يزول المانع من الانطلاق والاعتاق إحداث قوة الانطلاق لانه لم يبق فى الرقيق صفة المالكية وبالعتق يحدث له صفة المالكية ولا مشابهة بين احداث القوة وبين ازالة المانع كما لا مشابهة بين احياء الميت وبين رفع القيد عن المقيد ونحن نسلم أن المشابهة فى المعنى طريق الاستعارة ولكن لا في كل وصف بل فى الوصف الخاص لكل واحد منهما والوصف الخاص لكل واحد منهما ما بينا دون ما ذكره الخصم ألا ترى أنه لا يستعار الاسد للجبان والحمار للذكى وبينهما مشابهة فى أوصاف وكل واحد منهما حيوان موجود ولكن لما انعدمت المشابهة في الوصف الخاص لم تجز الاستعارة فهذا مثله فأما اذا استعمل لفظ التحرير فى الطلاق فليس ذلك عندنا للمشابهة معنى بل لان موجب النكاح ملك المتعة وملك الرقبة فى محل ملك المتعة يوجب ملك المتعة فما يزيل ملك الرقبة يكون سببا لازالة ملك المتعة فيصلح أن يكون كناية عنه فأما مايزيل ملك المتعة لايكون سببا لازالة ملك الرقبة فلا يصلح كناية عنه ولهذا قلنا فى طرف الاستجلاب أن ما وضع لاستجلاب ملك المتعة وهو لفظ النكاح والتزويج لا يثبت به ملك الرقبة وما وضع لاستجلاب ملك الرقبة وهو لفظ الهبة والبيع يصلح لايجاب ملك المتعة وهو النكاح ولا يدخل على هذا اللفظ البيع فانه لا تنعقد به الاجارة على ما قال في كتاب الصلح اذا باع سكنى داره من انسان لا يجوز وان كان بهذا اللفظ ثبت ملك الرقبة وهو سبب لملك المتعة لان عندنا الاجارة تنعقد بلفظ البيع فان الحر اذا قال لغيره بعت نفسى منك شهراً بدرهم لعمل كذا يكون اجارة صحيحة فأما بيع السكني انما لا يجوز لانعدام المحل

لان لفظ البيع موضوع للتمليك والمنافع معدومة لا تقبل التمليك ولهذا لو أضاف لفظة الاجارة الى المنفعة رقال أجرتك منفعة هذه الدار لا يجوز واذا أضاف لفظ البيع الى عين لدار فهو عامل بحقيقته لان العين قابل للبيع فلا تجعل كناية عن الاجارة لهذا ولا معنى لما قاله أنه ذكر الموجب وعني به الموجب لان الموجب حكم والحكم لا يصلح كناية عن السبب لانه لا حكم بدون السبب والسبب يتحقق بدون الحكم فكان الحكم كالتبع والاصل يستعار للتبع ولا يستعار التبع للاصل لافتقار التبع الى الاصل واستغناء الاصل عن التبع وفي قوله اعتدي وقوع الطلاق ليس بهذا الطريق بل بطريق الاضمار حتى يقع الطلاق به على غير المدخول بها وان لم يكن عليها عدة وكذلك اذا قال لامرأته أنت على حرام فذلك اللفظ عامل بحقيقته عندنا لا ان يكون كناية بطريق أنه ذكر الموجب وعنى به الموجب وهذا لان التحريم ينافي النكاح ابتداء وبقاء وذلك لا يوجد هنا فان حرمة الامة عليه لا ينافي الملك ابتداء وبقاء كما في المجوسية والاخت من الرضاعة ولو قال لعبده لا سلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق لانه ليس من ضرورة انتفاء سلطانه عنه انتفاء الملك كالمكاتب فانه لا سلطان للمولى عليه وهو مملوك بخلاف قوله لا سبيل لى عليك فان من ضرورة انتفاء السبيل عنه من كل وجه العتق لان له على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفي ذلك بالبراءة عتق ولو قال لعبده أنت لله لم يعتق وان نوى فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه صادق في مقالته فالمخلوقات كلها لله تعالى فهو كما لو قال أنت عبد الله وعند أبي يوسف يعتق به اذا نوى لان معنى كلامه أنت خالص لله بانتفاء ملكه عنه فهو كقوله لا ملك لى عليك بخلاف قوله أنت عبد الله ولو قال لعبده يا بني أو لامته يا بنية لم تعتق لان هذا دعاء ولطف منه معناه ان هذا اللفظ في موضع النداء يقصد به استحضار المنادى واكرامه مع ان قوله يا بني تصغير الابن ولو قال يا ابن لا يعتق لانه صادق فى مقالته فانه ابن لابيه وانما الاشكال فى قوله يا ابنى ولا يعتق بهذا اللفظ الا في رواية شاذة عن أبي حنيفة رحمه الله انه جعله كقوله يا حر ولكن لا يعتمد على تلك الرواية والصحيح ان هذا اللفظ فى موضع النداء لاستحضار المنادي وتفهيمه ليحضر وذلك بصورة اللفظ لا بمعناه ووقوع العتق بهذا اللفظ لاعتبار معنى البنوة فلهذا لا يعتق به عند النداء حتى لو جعل اسم عبده حرا وكان ذلك معروفا عند الناس ثم ناداه به فقال يا حر لم

يعتق أيضاً واذا لم يكن هـذا الاسم معروفا له يعتق به فى القضاء لانه ناداه بوصف يملك ايجابه بخـلاف قوله يا ابنى فانه ناداه بوصف لا يملك ايجابه فينظر الى مقصوده فيـه وهو الا كرام دون التحقيق وان قال هذا ابنى ومثله يولد لمثله عتق ويثبت نسبه منه ان لم يكن له نسب معروف لان كلامـه دعوة النسب وهو تصرف يملكه المولى فى مملوكه فاذا كان المحل محلا قابلا للنسب وهو محتاج الى النسب ثبت نسبه منه والنسب لا يثبت مقصوراً على الحال بل يثبت من وقت العلوق فتبين انه ملك ولده فيعتق عليه ويستوى ان كان أعجميا جليبا أو مولداً لان صحة دعوة المولى شرعاً بوصلة الملك وحاجة المملوك الى النسب وكذلك لو قال هـذا أبى أو كانت أمة فقال هـذه أمى ومثلهما يلد مثله عتقا وان لم يكن له أبوان معروفان وصدقاه فى ذلك ثبت نسبه منهما فقد اعتبر تصديقهما فى دعوى الأبوة والأمومة عليهـما ولم يعتبر في دعوى البنوة لان النسب من حق الولد فانه يشرف به فمدعى البنوة يقر على نفسه بالمحمولية فلا حاجة الى تصديقه لان الاقرار يلزم المقر بنفسه فأما مدعى الابوة والامومة يحتاج الى تصديقهما لانه يحمـل نسـبه على غيره فيكون مدعياً ومجرد الدعوى لا يلزم شيئاً بدون الحجة فلهذا يحتاج الى تصديقهما ولان مدعى الابوة والامومة يخبر أنه علق من مائهما وهو غيب عنه فلا بد من تصديقهما ومدعى البنوة يخبر أنه علق من مائه وقد يعرف ذلك لكونه عاقلا عنـد علوقه وان كان للغلام نسب معروف فقال هـذا ابنى يعتق عليه ولا يثبت نسبه لانه مكذب فيما قال شرعا حين ثبت نسبه من الغير ولكن هذا التكذيب فى حكم النسب دون العتق فهو فى حكم العتق بمنزلة من لا نسب له ولهـذا قلنا فى الفصـل الاول اذا قال هـذا أبى أو أمى وكذباه يعتق لان اعتبار تكذيبهما فى حكم النسب دون العتق توضيحه أن المملوك مسـتغن عن النسب اذا كان معروف النسب من الغير ولكنه غير مستغن عن الحرية فيثبت بكلامه ما يحتاج اليه المملوك دون ما لا يحتاج اليه وهذا بخلاف ما لو قال لامرأته هذه ابنتى وهى معروفة النسب من الغير فانه لا تقع الفرقة بينهـما لان هناك صار مكذبا في حـكم النسب شرعا ولو أكذب نفسـه بأن قال غلطت لا تقع الفرقة وان لم يكن لها نسب معروف فكذلك اذا صار مكذبا شرعا وهنا لو أكذب المولى نفسه في حق من لا نسب له كان العتق ثابتاً فكذلك اذا صار مكذبا فى النسب شرعا وحقيقة المعنى فيه أنه فى قوله لامرأته هذا ابنتي غير مقر على نفسـه بشئ ولكنه مقر على

المحل بصفة الحرمة لانه لاموجب للنسب فى ملكه من حيث الازالة وانما موجبه حرمة المحل ثم ينتفي به الملك ابتداء وبقاء ولم يعتبر اقراره في حرمة المحل هنا لما كانت معروفة النسب وأما قوله لعبده هذا ابنى اقرار على نفسه لان للبنوة موجبا فى ملكه وهو زوال الملك به فانه يملك ابنه بالشراء ثم يعتق عليه فيعتبر اقراره فيما يقر به على نفسه وهو عتقه عليه من حين دخل في ملكه فأما اذا كان ممن لا يولد مثله لمثل المولى فقال هذا ابني لم يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وعتق فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وجه قوله الاول أن كلامه محال فيلغو كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق وبيان الاستحالة أن قوله هذا ابنى أى مخلوق من مائى وابن خمسين سنة يستحيل أن يكون مخلوقا من ماء ابن عشرين سنة وبه فارق معروف النسب فان كلامه محتمل هناك لجواز أن يكون مخلوقا من مائه بالزنا أو يكون مخلوقا من مائه بالشبهة وقد اشتهر نسبه من الغير ألا ترى أن أم الغلام لو كانت فى ملكه هناك تصير أم ولد له وهنا لا تصير أم ولد له ولان الحقيقة تكذبه فى هذا الخبر فيلغو خبره كما لو قال لصبي صغر فى يده هذا جدي أو قال لعبده هذه ابنتى أو لأمته هذا غلامى وفي غير هذا الباب لو قال قطعت يد فلان وله علي الارش فأخرج فلان يده صحيحة لم يستوجب شيئاً بخلاف معروف النسب فان الحقيقة لا تكذبه هناك ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر انه أقر بنسب مملوكه طائعا فيعتق عليه كما لو قال لمعروف النسب هذا ابنى وتأثيره أن صريح كلامه محال كما قال ولكن له مجاز صحيح ومعناه عتق على من حين ملكته لان البنوة سبب لهذا فانه اذا ملك ابنه يعتق عليه فيجعل هذا السبب كناية عن موجبه مجازاً وتصحيح كلام العاقل واجب وللعرب لسانان حقيقة ومجاز فاذا تعذر تصحيحه باعتبار الحقيقة يصحح باعتبار المجاز ألا ترى أن الوارث اذا اعتق المكاتب يجعل ابراء منه عن بدل الكتابة بهذا النوع من المجاز الا انهما يقولان المجاز خلف عن الحقيقة ففى كل موضع يكون الاصل متصورا يمكن أن يجعل المجاز خلفا عنه كما فى مسألة المكاتب وفى كل موضع لا يكون الاصل متصوراً لا يمكن جعل المجاز خلفا عنه وهنا لا تصور للاصل بخلاف معروف النسب فان هناك الاصل متصور فيجوز أثبات المجاز خلفاً عنه ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المجاز خلف عن الحقيقة فى التكلم لا فى الحكم لانه تصرف من المتكلم فى اقامة كلام مقام كلام والمقصود تصحيح الكلام فلا يعتبر في تصحيح

المجاز تصور الحكم لاثبات الخلافة ألا ترى أنه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل لاصل حكم البيع وهو ملك الرقبة ولهذا المعنى قلنا ان أم الغلام لو كانت في ملكه لا تعتق لان اللفظ اذا صار مجازاً لغيره سقط اعتبار حقيقته وهذا مجاز عن الاقرار بحريته فكانه قال عتق على من حين ملكه وليس لهذا اللفظ موجب في الام فاما اذا قال لعبده هذه ابنتي فقد ذكره محمد على سبيل الاستشهاد في كتاب الدعوى ومن عادته الاستشهاد بالمختلف على المختلف فلا نسلمه على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبعد التسليم نقول الاصل أن المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصاً على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكور والاناث من بني آدم جنسان فاذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمي وهو معدوم ولا يتصور تصحيح الكلام ايجابا ولا اقراراً في المعدوم وكذا قوله لصبي صغير هذا جدي فانه ذكره على سبيل الاستشهاد هنا وقد منعوه على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبعد التسليم نقول لا موجب لذلك الكلام في ملكه الا بواسطة الاب وتلك الواسطة غير ثابتة وبدونها لا موجب لكلامه حتى يجعل كناية عن موجبه مجازاً فأما للبنوة والابوة موجب فى ملكه بغير واسطة فيجعل كلامه كناية عن موجبه وبخلاف قوله أعتقتك قبل ان أخلق لانه لا موجب فيما صرح به وكذلك قوله قطعت يدك لأنه لا موجب للجرح بعد البرء اذا لم يبق له أثر فلا يمكن تصحيح كلامه على أن يجعل كناية عن موجبه فلهذا كان لغواً وان قال لعبده هذا أخي لم يعتق وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يعتق لان للاخوة في ملكه موجبا وهو العتق فيجعل هذا اللفظ كناية عن موجبه وجه ظاهر الرواية أن الاخوة اسم مشترك قد يراد به الاخوة فى الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد به الاتحاد فى القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هوداً وقد يراد به الاخوة فى النسب والمشترك لا يكون حجة بدون البيان حتى لو قال هذا أخي لأبي أو لامي نقول يعتق على هذا الطريق فان قيل فالبنوة والابوة قد تكون بالرضاعة ثم أثبتم العتق بهذين اللفظين عند الاطلاق قلنا لان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة فأما الاخوة مشتركة فى الاستعمال كما بينا ولان الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب أو الام لانه عبارة عن مجاورة فى صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه

الكلمة بدون هـذه الواسطة فان قال لامته فرجك حر أو قال لعبده رأسك حر يعتق وقد بينا هذا فى الطلاق ان ذكر ما يعبر به عن جميع البدن كذكر البدن بخلاف اليد أو الرجل فهو فى العتاق كذلك وان قال نويت الكذب لم يصدق فى القضاء كما فى قوله أنت حر وان قال لعبده أو لأمته ما أنت الا حر أو ماأنت الا حرة فانهما يعتقان لان كلامه اشتمل على النفى والاثبات وهذا آكد مايكون من الاثبات دليله كلمة الشهادة فكان هذا كقوله أنت حر وهذا بخلاف ما لو قال أنت مثل الحر لان هذا اللفظ للمشابهة والمشابهة بين الشيئين قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً فـلا يثبت العتق به بدون النية وكذلك لو قال بدنك حر لان معناه بدنك بدن حر وفى النوادر قال لو نوى فقال بدنك بدن حر يعتق لان هذا اللفظ للايجاب لا للتشبيه ولو قال لعبده أنت حر اليوم من هذا العمل فانه يعتق في القضاء لانه وصفه بالحرية وتخصيصه وقتا أو عملا لايغير حكم ما وصفه به وأما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان لا يريد العتق فهو عبده لانه يحتمل أن يكون مراده لا أكلفك اليوم هذا العمل والله تعالى مطلع على ضميره ولكنه خلاف الظاهر فانه جعل الحرية صفة له في الظاهر فلهذا لايدين فى القضاء والله أعلم بالصدق والصواب

﴿ باب عتق ذوي الأرحام ﴾

ذكر عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذارحم محرم منه فهوحر وكذلك روي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما وفي هذا دليل على ان من ملك قريبه يعتق عليه لان قوله فهو حر جزاء لقوله من ملك مع القرابة فانما يتناول حرية المملوك دون المالك وفى بعض الروايات قال عتق عليه وفيه دليل ان سبب العتق الملك مع القرابة فان مثل هذا في لسان صاحب الشرع بمعنى بيان السبب كما قال من بدل دينه فاقتلوه وقال تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولهذا قال عامة العلماء اذا ملك أباه أو أمه أو ابنه يعتق عليه وقال أصحاب الظواهر يلزمه ان يعتقه ولكن لايعتق قبل اعتاقه لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لن يجزى ولد عن والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ففيه تنصيص على أنه مستحق عليه اعتاقه ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله فيعتقه معنى ولان القرابة لاتمنع ثبوت الملك ابتداء فلا تمنع البقاء بطريق الاولى ألا ترى

أنها لما منعت بقاء ملك النكاح منعت ثبوته ابتداء ﴿وحجتنا﴾ في ذلك قوله تعالى ومايبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من فى السموات والارض الاآتي الرحمن عبداً فقد نفي البنوة بينه وبين الخلق باثبات العبودية فذلك تنصيص على المنافاة بينهما والمتنافيان لا يجتمعان فاذا كانت البنوة متقررة انتفت العبودية ومراده عليه الصلاة والسلام من قوله فيعتقه بذلك الشراء لابسبب آخر كما يقال أطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضرب فاوجع وكتبه فقرمط واذا اثبتنا له الملك ابتداء لان انتفاء العبودية لايتحقق الا به فاذا لم يملكه لا يعتق بخلاف ملك النكاح لانه لافائدة في اثبات ملك النكاح له على ابنته ثم إزالته لأنها تعود الى ما كانت عليه ولان هذا العتق صلة ومجازاة فلا يتحقق الا بعد الملك فأما انتفاء النكاح بحرمة المحل وهو موجود قبل العقد ولان ملك النكاح ليس الا بملك الحل فيختص بمحل الحل والام والابنة محرمة عليه بالنص ولا تصور للملك بدون المحل فأما هذا ملك مال وذلك ثابت في المحل فيثبت له نسبه أيضا اذ ليس من ضرورة اثباته الاستدامة وبهذا الحديث أيضاً قال علماؤنا رحمهم الله تعالى اذا ملك أخاه أو أخته أو أحدا من ذوي الرحم المحرم منه أنه يعتق عليه وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يعتق الا الوالدين والمولودين لانه ليس بينهما بعضية فلا يعتق أحدهما على صاحبه كبني الاعمام بخلاف الآباء والاولاد فالعتق هناك للبعضية والجزئية ولان القرابة التي بينهما فى الاحكام كقرابة بنى الاعمام حتى تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه ويجوز لكل واحد منهما وضع زكاة ماله فى صاحبه ويجري القصاص بينهما فى الطرفين ويحل لكل واحد منهما حليلة صاحبه ولا يستوجب كل واحد منهما النفقة على صاحبه مع اختلاف الدين ولايتكاتب احدهما علي صاحبه بخلاف الوالدين والمولودين وهذا بخلاف المناكحة لان ثبوتها باسم الأختية والبنتية لا بمعنى القرابة ألا ترى أنها تثبت بالرضاع ولا تثبت بالقرابة بها ولهذا لا يعتبر في الحرمة معنى قرب القرابة وبعدها ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا جاء الى النبي صلي الله عليه وسلم وقال انى وجدت أخي يباع في السوق فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال عليه الصلاة والسلام قد اعتقه الله والمعنى فيه ان القرابة المتأيدة بالمحرمية علة العتق مع الملك كما في الآباء والأولاد وهذا لان لهذا العتق بطريق الصلة والقرابة المتأيدة بالمحرمية تأثيرا فى استحقاق الصلة لانه يفترض وصلها ويحرم قطعها ألا ترى أن الله تعالى

جعل قطيعة الرحم من الملاعن لقوله تعالى وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله وقال عليه الصلاة والسلام ثلاث معلقات بالعرش منها الرحم يقول قطعت ولم أوصل والدليل عليه أن حرمة المناكحة تثبت بهذه القرابة بمعنى الصيانة عن ذل الاستفراش والاستخدام قهراً فذلك اليمين أبلغ في الاستذلال من الاستفراش وكذلك يحرم الجمع بين الأختين نكاحاً صيانة للقرابة عن القطيعة بسبب المنافرة التي تكون بين الضرائر ومعنى قطيعة الرحم فى استدامة ملك اليمين أكثر ولا شك أن للملك تأثيراً فى استحقاق الصلة فيثبت بهذا التقرير ان علة العتق هذان الوصفان وبعد هذا لا يضر انتفاء الجزئية بينهما لما ثبت أن علة العتق هذا دون الجزئية لان التعدية بمعنى واحد قد ظهر أثره مستقيم ولان هذه القرابة فى معنى القرابة بين الجد والنافلة أيضالان اتصال أحد الاخوين بالآخر بواسطة الأب كما أن اتصال النافلة بالجد بواسطة الأب ولهذا ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى الجد مع الاخوة في الميراث وشبه بعضهم الجد مع النافلة بشجرة انشعب منها غصن ومن ذلك الغصن غصن والاخوين بغصنين من شجرة واحدة وشبه بعضهم الجد مع النافلة بواد تشعب منه نهر ومن النهر جدول والاخوين بنهرين تشعبا من واد فيكون معنى القرب بينهما أظهر لان تفرقهما بشعب واحد والاول بشعبين فعرفنا أن القرابة التى بينهما بمنزلة قرابة الجد مع النافلة وذلك موجب للعتق مع الملك الا أن فى حكم الولاية لم يجعل الاخ كالجد لان المعتبر فيه الشفقة مع القرابة وشفقة الاخ ليست كشفقة الجد وفي حكم الارث كذلك عند أبي حنيفة رضى الله عنه لان ذلك نوع ولاية فانه خلافة فى الملك والتصرف وبه فارق بني الاعمام فالواسطات هناك قد كثرت من كل جانب فكانت القرابة بعيدة بينهما ولهذا لايثبت بها حرمة النكاح ولا حرمة الجمع بينهما فى النكاح فأما المكاتب فلا ملك له على الحقيقة وهذه القرابة مع الملك علة والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحد الوصفين الا أن المكاتب اذا ملك اباه يمتنع عليه بيعه واذا ملك أخاه لايمتنع عليه بيعه عند أبي حنيفة رضى الله عنه لان المكاتب له كسب وليس له ملك حقيقة وحق الآباء والاولاد يثبت فى الكسب حتى يجب عليه نفقة أبيه اذا كان مكتسبا وان لم يكن موسراً فأما حق الاخ لايثبت فى الكسب حتى لايجب عليه نفقة أخيه الزمن اذا كان هو معسرا وان كان مكتسبا وكذلك ان كان المالك صغيراً فانه

يعتق عليه لتمام علة العتق وهو الملك مع القرابة فان الصغير يملك حقيقة ألا ترى أنه يثبت له صفة الغناء بملكه حتى يحرم عليه أخذ الصدقة بخلاف المكاتب وكذلك ان كان المالك كافراً والمملوك مسلما أو على عكس ذلك لان الملك مع القرابة يتحقق مع اختلاف الدين وبهما تمام علة العتق بخلاف استحقاق النفقة فان الشرع أوجب ذلك بصفة الوراثة فقال تعالى وعلى الوارث مثل ذلك معناه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم وبسبب اختلاف الدين ينعدم صفة الوراثة فلهذا لايستحق النفقة بخلاف الآباء والاولادفالاستحقاق هناك بالولاد قال تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وبسبب اختلاف الدين لاينعدم الولاد فهذا بيان معنى الفرق بين هذه الفصول فان ملكه الرجل مع آخر عتق نصيبه منه وسعي العبد للشريك فى نصيبه ولاضمان على الذى عتق من قبله فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن لشريكه قيمة نصيبه ان كان موسراً ويسعي العبد لشريكه ان كان معسراً وكذلك لو ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية فهو على هذا الخلاف وجه قولهما ان القريب بالشراء صار معتقا لنصيبه لان شراء القريب اعتاق ولهذا تتأدى به الكفارة والمعتق ضامن لنصيب شريكه اذا كان موسراً كما لو كان العبد بين شريكين فاشترى قريب العبد نصيب أحد الشريكين منه يضمن لشريكه الذي لم يبع ان كان موسراً وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما قال فى الكتاب لان شراء الشريك معه رضا منه بالذى يكون به العتق ومعنى هذا الكلام ان ضمان العتق يجب بالاتلاف والافساد والرضا بالسبب يمنع وجوب مثل هذا الضمان كما لو أتلف مال الغير باذنه وفى اثبات الرضا هنا نوعان من الكلام أحدهما انه لما ساعد شريكه على القبول مع علمه أن قبول شريكه موجب للعتق فقد صار راضياً بعتقه على شريكه فهو كما لواستأذن أحد الشريكين من صاحبه فى أن يعتق نصيبه فأذن له فى ذلك والثانى ان المشتريين صارا كشخص واحد لاتحاد الايجاب من البائع ولهذا لوقبل أحدهما دون الآخر لم يصح قبوله ولم يملك نصيبه به ولاشك ان كل واحد منهما راض بالتمليك في نصيبه فيكون راضياً بالتمليك فى نصيب صاحبه أيضاً لما ساعده على القبول بل يصير مشاركا له فى السبب بهذا الطريق والمشاركة في السبب فوق الرضا به الا ان بهذا السبب تتم علة العتق فى حق القريب وهو الملك ولاتتم علة العتق في حق الاجنبي فكان القريب معتقا دون الاجنبي

ولكن بمعاونة الاجنبي يسقط حقه في تضمينه لمعاونته على السبب وفى هذا يتضح الكلام لأبى حنيفة فى الشراء فيما اذا كان العبد كله لرجل فباع نصفه من قريبه فان الخلاف ثابت فيه ولاشك ان ايجاب البائع رضا منه بقبول المشترى وما ينبنى على قبول المشترى يحال به على ايجاب البائع كما لو باع الامة المنكوحة من زوجها قبل الدخول سقط جميع المهر لان الفرقة جاءت من قبل من له المهر وهو البائع فاما فى الهبة والصدقة والوصية كلاهما أوضح لان قبول أحدهما فى نصيبه صحيح بدون قبول الآخر ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هما كشخص واحد أيضاً الا أن فى الهبة والصدقة والوصية قبول الشخص الواحد فى النصف دون النصف صحيح وهذا بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من قريبه لان هناك لم يوجد من الشريك الآخر مايكون رضا منه أومعاونة على السبب وبخلاف مالو قال أحد الشريكين لشريكه ان ضربته اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا فان الحالف يضمن للضارب ان كان موسراً ومن أصحابنا من قال موضوع تلك المسئلة ان الشريك قال أيضاً ان لم أضربه اليوم سوطاً فهو حر فاقدامه على الضرب بعد هذا يكون لدفع العتق عن نصيبه فلا يصير به راضياً بعتق نصيب الشريك على ان هناك انما يعتق نصيب الشريك بقوله هو حر وذلك تم بالحالف من غير رضاً كان من الضارب فاما الضرب شرط للعتق والرضا بالشرط لا يكون رضاً بأصل السبب بخلاف مانحن فيه فانه انما رضي بالسبب حين شاركه فيه وهذا بخلاف حكم الفرار فان الرضا بالشرط من المرأة كالرضا بالسبب في اسقاط حقها عن الميراث لانه لاملك لها قبل موت الزوج فى ماله وانما يثبت حكم الفرار دفعاً لقصد الزوج الاضرار بها وذلك ينعدم بالرضا بالشرط كما ينعدم بالرضا من السبب بخلاف مانحن فيه ولم يفصل فى ظاهر الرواية بين أن يكون الشريك عالماً بان المشترى معه قريب العبد أو لا يكون عالماً وهكذا روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله لان سبب الرضا يتحقق وان لم يكن عالماً به فهو كمن قال لغيره كل هذا الطعام وهو لا يعلم أنه طعامه فاكله المخاطب فليس للآذن أن يضمنه شيئاً وكذلك لو قال لشريكه أعتق هذا العبد وهو لا يعلم انه مشترك بينهما وقد روي أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أن رضاه انما يتحقق اذا كان عالماً فاما اذا كان لا يعلم بذلك فله أن يرد نصيبه بالعيب لانه لا يتم رضاه وقبوله حين لم يكن عالماً بان شريكه معتق وبدون تمام القبول لا يعتق نصيب الشريك فكان هذا بمنزلة العيب في نصيبه فان لم يكن عالماً به

كان له أن يرده واستشهد فى الكتاب بقول أبي حنيفة رحمه الله بما لو أعتق أحد الشريكين باذن شريكه وقد روي عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال فى هذا الفصل لا يسقط حق الشريك فى التضمين بالاذن وهذا صحيح على أصله لان ضمان العتق عنده ضمان التملك فان العتق لا يتجزأ على قوله وضمان التملك لا يسقط بالاذن كما لو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه وجه ظاهر الرواية أن هذا الضمان سببه الافساد والاتلاف فسقط بالاذن كضمان الاتلاف الحقيقى بل أولى لان هذا الضمان يسقط بالاعسار وبخلاف ضمان الاتلاف الحقيقى فأما اذا ورث مع قريبه غيره عتق نصيبه ولا ضمان عليه لشريكه لان الميراث يدخل في ملكه بغير قبوله والضمان لا يجب الا باعتبار الصنع من جهته ولهذا لو ورث قريبه لم يجز عن كفارته وهذا بخلاف ما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ورثها مع غيره لان هناك المستولد يصير متملكا نصيب شريكه وضمان التملك لا يعتمد الصنع ولهذا لا يختلف باليسار والاعسار هناك ولو ملك محرما له برضاع أو مصاهرة لم يعتق عليه لانه لا قرابة بينهما والعتق صلة تستحق بالقرابة والرضاع انما جعل كالنسب في الحرمة خاصة ولهذا لا يتعلق به استحقاق الميراث والنفقة وليس من ضرورة ثبوت الحرمة العتق عليه اذا ملكه كالوثنية والمجوسية وكذلك ان ملك ذا رحم ليس بمحرم لان مثل هذه القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها حرمة المناكحة وحرمة الجمع فى النكاح ولو ملك أحد الزوجين صاحبه لم يعتق عليه لانه ليس بينهما قرابة ولان ما بينهما من الزوجية يرتفع بالملك واذا اشترى أمة وهى حبلي من ابيه عتق ما فى بطنها لانه ملك أخاه وليس له أن يبيع الامة حتى تضع لان فى بطنها ولداً حراً كما لو أعتق ما في بطن أمته وهذا لان الولد يصير مستثنى بالعتق ولو استثناه شرطا فى البيع بطل البيع فكذلك اذا صار مستثنى بالعتق وله أن يبيعها بعد الوضع لان الامة ما صارت أم ولد للابن فان المستولد أبوه ولا يصير الأب متملكا لها على الابن لانها ما كانت مملوكة للابن حين علقت من الاب فلهذا كان له أن يبيعها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب لوجوه من العتق

﴿ قال ﴾ رضي الله تعالى عنه ذكر عن أبى قلابة أن رجلا أعتق عبداً له عند موته ولا مال

له غيره فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه فى ثلثي قيمته وفى هـذا دليل أن العتق فى المرض يكون وصية وأنه ينفذ من ثلثه وأن معتق البعض يستسعى فيما بقي من قيمته فيكون دليلا لنا على الشافعي رضى الله عنه لانه لايري السعاية على العبد بحال ولكنه يقول يستدام الرق فيما بقى على مانبينه فى مسئلة تجزى العتق وذكر عن الحسن البصرى أن رجلا أعتق ستة أعبد له عند موته فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين ورد أربعة فى الرق وبظاهر هذا الحديث يحتج الشافعي رحمه الله تعالى علينا فان المذهب عندنا أن من أعتق ستة أعبد له فى مرضه ولا مال له غيرهم وقيمتهم سواء يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى فى ثلثي قيمته وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجزئهم القاضى ثلاثة أجزاء ثم يقرع بينهم فيعتق اثنين بالقرعة ويرد أربعة فى الرق واستدل بهذا الحديث ورجح مذهبه بان فيه اعتبار النظر من الجانبين لانه لو أعتق من كل واحد منهم ثلثه تعجل تنفيذ الوصية وتأخر اتصال حق الورثة اليهم بل فى هـذا ابطال حق الورثة معنى لان السعاية فى معنى التاوى فان المال فى ذمة المفلس يكون تاويا فاذا تعذر تنفيذ الوصية بهـذا الطريق وجب جميع العتق فى شخصين وتعيين المستحق بالقرعة لان ذلك أصل فى الشرع وكان فى شريعة من قبلنا قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وقال فساهم فكان من المدحضين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفراً اقرع بين نسائه والقاضى اذا قسم المال بين الشركاء اقرع بينهم وبهذا تبين ان هذا ليس فى معنى القمار لان فى القمار تعليق أصل الاستحقاق بخروج القدح وفى هذا تعيين المستحق فأما أصل الاستحقاق ثابت بايجاب المعتق (وحجتنا) في ذلك أن العبيد استووا فى سبب الاستحقاق وذلك موجب للمساواة في الاستحقاق فلا يجوز اعطاء البعض وحرمان البعض كما لو أوصي برقابهم لغيرهم لكل رجل برقبة بل أولى لان ملك الوصية يحتمل الرجوع من الموصى والرد من الموصي له وهذه الوصية لا تحتمل ذلك فاذا لم يجز حرمان البعض هناك فهنا أولى ثم فيما قاله الخصم ضرر الابطال في حق بعض الموصى لهم وفيما قلنا ضرر التأخير في حق الورثة وضرر التأخير متى قوبل بضرر الابطال كان ضرر التأخير أهون واذا لم نجد بداً من نوع ضرر رجحنا أهون الضررين على أعظمهما مع أنه ليس فى هذا تعجيل حق الموصى له لان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى المستسعى مكاتب فلا يعتق شئ منهم مالم يصل الى الورثة السعاية وعلى قولهما وان

تعجيل العتق للعبيد وذلك ليس بصنع منا بل باعتاق الموصى ولزوم تصرفه شرعا ولو أبطلنا حق بعض العبيد كان ذلك بايجاب منا ثم كلامه يشكل بما لو كان ماله دينا على مفلس فأوصي به له فانه يسقط نصيبه والباقي دين عليه الى أن يقدر على ادائه ولا وجه لتعيين المستحق بالقرعة لان تعيين المستحق بمنزلة ابتداء الاستحقاق فان الاستحقاق في المجهول في حكم العين كانه غير ثابت فكما ان تعليق ابتداء الاستحقاق بخروج القرعة يكون قماراً فكذلك تعيين المستحق وانما يجوز استعمال القرعة عندنا فيما يجوز الفعل فيه بغير قرعة كما في القسمة فان للقاضى ان يعين نصيب كل واحد منهم بغير قرعة فانما يقرع تطييبا لقلوبهم ونفيا لتهمة الميل عن نفسه وبهذا الطريق كان يقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين نسائه اذا أراد سفراً لان له أن يسافر بمن شاء منهن بغير قرعة اذ لا حق للمرأة في القسم في حال سفر الزوج وكذلك يونس صلوات الله عليه عرف أنه هو المقصود وكان له أن يلقي نفسه في الماء من غير اقراع ولكنه أقرع كيلا ينسب الى مالا يليق بالانبياء وكذلك زكريا عليه السلام كان أحق بضم مريم الى نفسه لان خالتها كانت تحته ولكنه أقرع تطييبا لقلوب الاحبار مع أن تلك كانت معجزة له فقد روي أن أقلامهم كانت من الحديد وكان الشرط أن من طفى قلمه على وجه الماء فهو أحق بها وروي أنه كان من القصب وكان الشرط أن من استقبل قلمه جرى الماء ولم يجر مع الماء فهو أحق بها بقي اعتمادهم على الحديث ومن أصحابنا من قال هذا الحديث غير صحيح لان فيه أن الرجل كان له ستة أعبد قيمتهم سواء ولم يكن له معهم شئ آخر وهذا من أندر ما يكون ولو ثبت فيحتمل أن الرجل أوصى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتقهم وفي الحديث دليل عليه لانه قال فاعتق أثنين منهم وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق أى الاثنين شاء منهم فأقرع تطييبا لقلوبهم وذكر الجصاص أن معنى قوله فاعتق أثنين أي قدر أثنين منهم وبه نقول فانا اذا أعتقنا من كل واحد منهم ثلثه فقد أعتقنا قدر أثنين منهم ومعنى قوله فاقرع أى دقق النظر يقال فلان قريع دهره أى دقيق النظر في الامور ودقق الحساب بأن جعل قدر الرقبتين بينهم أسداساً هذا تأويل الحديث ان صح وعن اسماعيل بن خالد عن الشعبي رضي الله تعالى عنهم في رجل أعتق عبداً له عند الموت ولا مال له غيره قال عامر قال مسروق هو حر كله جعله لله لا أرده وقال شريح يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين فقلت لعامر أى القولين أحب اليك قال فتيا مسروق وقضاء شريح

رضى الله تعالى عنهما وفى هذا اشارة أن العتق يتجزى في الحكم كما هو مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأنه يجب اتمامه ولا يجوز استدامة الرق فيما بقى منه كما هو فتوى مسروق رحمه الله تعالى وعن على رضى الله عنه أن رجلا أعتق عبداً له عند الموت وعليه دين قال يسعي العبد فى قيمته وعن أبي يحيي الاعرج رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يسعي العبد في الدين والمراد اذا كان الدين بقدر قيمته وعن ابن مسعود رضي الله عنه نحوه فانه قال تسعى الامة في ثمنها يعنى فى قيمتها وهذا لان الدين مقدم على الوصية والميراث والعتق فى المرض وصيةفوجب رده لقيام الدين ولكن العتق لا يحتمل الفسخ والرق بعد سقوطه لا يحتمل العود فكان الرد بايجاب السعاية عليه وعن ابراهيم رحمه الله تعالى قال اذا كان وصية وعتق بدئ بالعتق وهكذا عن شريح وهو قول ابن عمر رضى الله عنه لان العتق أقوى سببا فانه يلزم بنفسه على وجه لا يحتمل الرد والرجوع عنه والترجيح بقوة السبب أصل وعن عمر رضى الله عنه أنه اعتق عبداً له نصرانيا يدعي بجيس وقال لو كنت على ديننا لاستعنا بك على بعض أعمالنا وفيه دليل على أن اعتاق النصرانى قربة وانهم لا يؤتمنون على شيء من أمور المسلمين فانهم لا يؤدون الامانة فى ذلك وقد أنكر عمر رضى الله عنه ذلك على أبي موسى الاشعرى فانه قال له مر كاتبك ليكتب لنا كذا قال ان كاتبى لا يدخل المسجد قال أجنب هو قال لا ولكنه نصرانى فقال سبحان الله أما سمعت الله يقول لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا وعن عمر بن عبد العزيز أنه أعتق عبداً له نصرانيا فمات العبد فجعل ميراثه لبيت المال وفيه دليل على أن المسلم لا يرث الكافر وان مات ولا وارث له فحصة ماله لبيت المال وعن ابن عمر رضي الله عنهما ان أمة فجرت فولدت من الزنا فأعتقها ابن عمر رضى الله عنه وأعتق ولدها وفيه دليل على جواز التقرب الى الله تعالى بعتق ولد الزنا وعن عمر رضى الله عنه أنه أوصى بولد الزنا خيرا وأوصى بهم أن يعتقوا وهذا لان له من الحرمة ما لسائر بنى آدم ولا ذنب لهم وانما الذنب لآبائهم كما ذكر عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تتأول في أولاد الزنا ولا تزر وازرة وزر أخري وذكر عن ابراهيم وعامر رضي الله عنهما قالا لا يجزى ولد الزنا فى النسمة الواجبة وكأنهما تأولا فى ذلك قوله صلي الله عليه وسلم ولد الزنا شر الثلاثة ولسنا نأخذ بقولهما فان الله تعالى أمر بتحرير الرقبة وأكثر المماليك لا تعرف آباؤهم عادة وتأويل الحديث شر

الثلاثة نسبا فانه لا نسب له أو قال ذلك في ولد زنا بعينه نشأ مريداً فكان أخبث من أبويه وإذا قال الرجل لامته أمرك بيدك يعني في العتق فان أعتقت نفسها في مجلسها عتقت وان قامت منه قبل أن تعتق نفسها فهي أمة لانه ملكها أمرها واهم أمورها العتق فتعمل نيته في العتق وجواب التمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه في الطلاق وذكرنا هناك أنه اذا لم ينو الطلاق فالقول قوله فكذلك هنا اذا لم ينو العتق وكذلك ان جعل أمرها في يد غيرها وان قال لها اعتقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان باطلا لان كلامها يصلح جوابا للتخيير والمولى ماخيرها انما ملكها أمرها وقولها اخترت نفسي لايصلح للتصرف بحكم الملك ألا ترى ان المولى يملك اعتاقها ولو قال لها اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لاتعتق فكذلك قولها اخترت نفسي ولان قوله اعتقي نفسك اقامة منه اياها مقام نفسه في ايقاع العتق فانما يملك الايقاع باللفظ الذي كان المولى مالكا للايقاع به ولو قال لها أنت حرة ان شئت فان قالت في مجلسها قد شئت كانت حرة ولو قامت قبل ان تقول شيئاً فهي أمة والتفويض الى مشيئتها بمنزلة التمليك منها فتقتصر على الجواب في المجلس وكذلك ان قال ان أردت أو هويت أو أحببت أو قال أنت حرة ان كنت تحبينني أو تبغضينني فالقول في ذلك قولها ما دامت في مجلسها كما في الطلاق لانه لا يوقف على مافي قلبها الا باخبارها فكان هذا بمنزلة التعليق بالاخبار بذلك وان قالت في ذلك لست أحبك ثم قالت أنا أحبك لم تصدق للتناقض ولان شرط البر قد تم بقولها الاول فلم يبق لها قول مقبول بعد ذلك في حق المولى وكذلك لو قال ان كنت تحبين العتق فانت حرة ولو قال انت حرة اذا حضت كان القول في ذلك قولها استحسانا لانه لا يوقف عليه الا من جهتها ولكن هذا لايقتصر على مجلسها لانها لاتقدر على الاخبار بالحيض على وجه تكون صادقة فيه الا بعد رؤية الدم وربما لايتحقق في ذلك المجلس فتى قالت حضت عتقت ولو قال أنت حرة وفلانة ان شئت فقالت قد شئت نفسي لم تعتق لان قوله ان شئت ليس بكلام مستقل بنفسه فلا بد من جعله بناء على ماسبق فيكون معناه ان شئت عتقكما فلا يتم الشرط بمشيئتها عتق نفسها وكذلك لو قال لامتيه أنتما حرتان ان شئتما فشاءت إحداهما فهو باطل لان معنى كلامه ان شئتما عتقكما فلا يتم الشرط بمشيئة إحداهما ولا بمشيئتهما عتق إحداهما ولو قال أيتكما شاءت العتق فهي حرة فشاءتا جميعاً عتقتا لان كلمة أي تتناول كل واحدة منهما على

الانفراد فان شاءت احداهما عتقت التي شاءت لان مشيئة كل واحدة منهما بهذا اللفظ شرط عتقهما ألا ترى انه قال أيتكما شاءت ولم يقـل شاءتا وان شاءتا جميعاً عتقتا فان قال أردت احداهما لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في اللفظ العام فان كان نوى احداهما بعينها عتقت هي وان نوى احداهما لا بعينها كان له ان يختار احداهما فيعتقها ويمسك الأخرى بمنزلة مالو اعتق احداهما لا بعينها ولو قال كل مملوك لي فهو حر وله عبيـد وامهات أولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبين فانهـم لا يعتقون الا أن ينويهم لان كلمة كل توجب التعميم وقد أوجب العتق لكل مملوك مضاف اليه بالملكية مطلقا بقوله لي وهذا يتحقق في العبيد وأمهات الاولاد والمدبرين لانه يملكهم رقا ويدا حتى يملك استغلالهم واستكسابهم وهذا غير موجود في المكاتبين فانه يملكهم رقا لا يداً بل المكاتب كالحر يداً حتى كان أحق بمكاسبه ولا يملك المولى اكسابه والثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقاً فلهذا لا يدخلون الا ان ينويهم فان نواهم فنقول المنوي من محتملات كلامه لانه قد يضيف الى نفسه مايكون مضافا اليه من وجه دون وجه وان قال اردت الرجال دون النساء دين فيما بينـه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وهـذا بخلاف مالو قال نويت السود منهـم دون البيض فانه لا يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هناك نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ولا عموم لما لا لفظ له فلا تعمل فيه نيـة التخصيص وهنا نوى التخصيص فيما في لفظه لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث فان الانثي يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ التذكير عادة فاذا نوى الذكر فقـد نوى حقيقة كلامه ولكنه خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء ولهذا قيـل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا ﴿ قال ﴾ وكذلك لو قال لم أنو المدبرين لم يصدق في القضاء وفي كتاب الايمان يقول اذا قال لم انو المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء ففيه روايتان وجه تلك الرواية أنه نوى التخصيص بمـا ليس في لفظه لان التدبير وان كان يوجب استحقاق العتق فلا يوجب نقصانا في اضافته اليه بالملكية واليد وجه هذه الرواية ان اضافته الى المولى برقه والتدبير يمكن نقصانا في الرق لان استحقاق العتق على وجه لا يحتمل الفسخ لا يكون الا بعد نقصان في رقه ولهذا قيل المدبر من وجه

كالحر حتى لا يحتمل البيع فكان هو كالمكاتب من هذا الوجه غير مضاف الى المولى بمطلق الملك والرق الا أن النقصان هنا في الاضافة بمعني خفي فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولا يخرج من الكلام بدون النية وفي المكاتب النقصان بسبب ظاهر وهو ملك اليد له في مكاسبه فلا يدخل الا أن ينويه ولان قوله كل مملوك لي حر انشاء العتق وقد بينا أن عتق المدبر من وجه تعجيل لما استحقه مؤجلا فلا يكون انشاء من كل وجه فاذا قال لم أنو المدبرين فقد بين أنه نوي ما يكون انشاء من كل وجه خاصة وذلك أمر في ضميره خاصة فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال لعبيده أنتم أحرار الا فلانا كان كما قال لان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وكذلك لو قال لعبدين أنتما حران الا سالما وهو اسم احدهما كان سالم عبداً لان كلامه عبارة عما وراء المستثنى وقد بقي سوى المستثنى عبد يمكن أن يجعل كلامه عبارة عنه ولو قال سالم حر ومرزوق حر الا سالماً عتقا جميعا لانه تكلم بكلامين كل واحد منهما مستقل بنفسه بما ذكر له من الخبر فكان قوله الا سالماً استثناء لجميع ماتناوله أحد كلاميه وذلك باطل لانه تعطيل والاستثناء للتحصيل والبيان وانما يتحقق ذلك اذا كان يبقى سوى المستثنى شئ يتناوله ذلك الكلام وهذا بخلاف مالو قال سالم ومرزوق حران الا سالما فان الاستثناء صحيح هنا لان كلامه واحد هنا معني حين أخر ذكر الخبر حتى عطف احداهما على الاخرى وذكر مايصلح خبرا للمستثني فعرفنا به أن كلامه واحد معنى فكانه قال هما حران الا سالما فان قال كل مملوك أملكه أبداً فهو حر فهذا اللفظ انما يتناول مايملكه في المستقبل لانه قال أبداً وليس للابد نهاية في الحقيقة وفي العرف هو عبارة عن وقت في المستقبل الى موته ومن أصلنا أن العتق يحتمل الاضافة الى الملك كالطلاق فبأي سبب يملك المملوك من شراء أو غيره فانه يعتق لان المضاف الى وقت أو المعلق بشرط عند وجوده كالمنجز وكذلك لو قال كل مملوك أملكه الي ثلاثين سنة وكذلك اذا قال كل مملوك اشتريه فهو حر لان الشراء سبب للملك واقامة السبب مقام الحكم صحيح فان أمر غيره فاشتري مملوكا لم يعتق لانه جعل الشرط شراءه بنفسه ولم يوجد فان حقوق العقد في البيع والشراء انما تتعلق بالعاقد والعاقد يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر بخلاف النكاح وان كان نوى أن لا يشترى هو ولا غيره عتق لانه شدد الامر على نفسه بلفظ يحتمله فانه نوي الحكم وهو الملك بماذكر

من سببه وهو الشراء قالوا وهذا كله اذا كان الرجل ممن يباشر العقد بنفسه فأما اذا كان الحالف ممن لا يباشر الشراء بنفسه عادة فأمر غيره بان يشتري له عتق لانه باليمين منع نفسه عما يباشره عادة فاذا كان عادته الشراء بهذا الطريق ينصرف يمينه اليه عند الاطلاق وان قال كل مملوك لي حر يوم أكلم فلانا وليس له مملوك ثم اشترى مملوكا ثم كلمه لم يعتق لان قوله أملكه وان كان ظاهرا في الاستقبال فالمراد به الحال في الاستعمال يقال فلان يملك كذا وأنا أملك كذا يعني في الحال فاذ ليس بمملوك له في الحال لا يتناوله كلامه لان المضاف الى وقت والمعلق بالشرط انما يتناول ما يتناوله المنجز فاذا كان العتق المنجز بهذا اللفظ لا يتناول الا ما يملكه في الحال فكذا المضاف الى وقت بخلاف ما سبق لان الاضافة هنا في الملك لا في الحرية فلهذا يتناول ما يملكه في المستقبل وان كان قال يوم أكلم فلانا فكل مملوك لي يومئذ حر عتقوا لانه أوجب العتق لما يكون في ملكه وقت الكلام وما كان موجوداً في ملكه وقت اليمين وما استحدث الملك فيه موصوف بانه مملوك له وقت الكلام فيعتقون جميعاً وان قال يوم أكلمه فكل مملوك أملكه أبداً فهو حر ثم اشترى مملوكا ثم كلمه لم يعتق لان المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وقوله يوم أكلم فلانا شرط وقوله كل مملوك أملكه أبداً حر فيصير عند وجود الكلام كانه قال كل مملوك أملكه أبداً وهذا اللفظ انما يتناول ما يملكه بعد الكلام دون ما كان مملوكا له قبل الكلام والمشتري قبل الكلام مملوك له وقت الكلام فلا يتناوله ايجابه وان قال كل مملوك أملكه حر يوم أكلم فلانا وهو يريد ما يملكه فيما يستقبل فاشترى مملوكا ثم كلمه عتق لانه نوى حقيقة كلامه فان حقيقة قوله أملكه للاستقبال ولكن يعتق في القضاء من كان في ملكه يوم حلف لان ظاهر لفظه يتناول المملوك له في الحال لغلبة الاستعمال فلا يصدق في صرف اللفظ عن ظاهره وذكر في النوادر أنه يصدق لان ما نوى من حقيقة كلامه مستعمل أيضاً وانما لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره اذا كان المنوي خلاف المستعمل وان قال كل مملوك لي حر وله عبد بينه وبين آخر لم يعتق لانه أوجب العتق لمملوك مضاف اليه بالملك مطلقاً والمملوك إسم للعبد وهو المضاف اليه من وجه والى شريكه من وجه فلا يتناوله مطلق كلامه فان نواه عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لان نصيبه من العبد المشترك لا يسمى عبداً ولا مملوكا فقد نوى خلاف الملفوظ ولكن في الاستحسان يقول جزء من العبد موصوف بانه مملوك كالكل ولهذا

صح اضافة التصرفات المختصة بالملك الى الجزء الشائع فاذا نواه فقد شدد على نفسه بلفظ يحتمله وبدون نيته انما لم ندخله للعرف فان المملوك اسم للعبد الكامل عرفا وقد سقط اعتبار هذا العرف حين نوى بخلافه توضيحه ان العبد المشترك مضاف اليه من وجه دون وجه فيكون كالمكاتب يدخل بنيته وان كان له عبد تاجر له مماليك وعليه دين أولا دين عليه عتق العبد التاجر لانه مملوك رقبة ويداً فيتنا وله مطلق الاضافة فأما مماليكه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كان عليه دين يحيط برقبته وكسبه لم يعتق مماليكه نواهم أو لم ينوهم وان لم يكن عليه دين لم يعتق مماليكه الا أن ينويهم وعندأبي يوسف رحمه الله تعالى سواء كان عليه دين أو لم يكن فان نواهم عتقوا وان لم ينوهم لايعتقون وعند محمد رحمه الله تعالى سواء كان عليه دين أولم يكن يعتقون الا أن يستثنيهم بنيته وهذا ينبني على أصلين أحدهما في المأذون أن المولى لايملك كسب العبد المأذون اذا كان مستغرقا بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يملكه والثاني في الايمان ان كسب العبد لا يكون مضافا الى المولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد رضي الله تعالى عنه يكون حتي لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار عبده عند محمد رحمه الله تعالى يحنث لان حقيقة هذه الاضافة للملك وكسب العبد مملوك لمولاه وعندهما الاضافة الى المولى مجاز والى العبد حقيقة لانه كسبه قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال والدليل عليه أنه يستقيم أن تنفى عن المولى فيقال هذه ليست بداره بل هي دار عبده والعبرة للاضافة لا للملك ألا ترى أنه لو دخل دارا يسكنها فلان عارية أو اجارة كان حانثاً اذا عرفنا هذا فنقول أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فالمولى لايملك كسب العبد اذا كان عليه دين حتى لو أعتقه بعينه لم يعتق فكذلك بمطلق كلامه وان نواه فان لم يكن عليه دين فهو غير مضاف اليه مطلقا فلا يعتق بمطلق كلامه الا أن ينويه فان نواه عتق لان المنوى من محتملات كلامه وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى هو مالك له سواء كان عليه دين أو لم يكن الا أنه غير مضاف اليه مطلقا فلا يدخل في كلامه الا أن ينويه وعند محمد رحمه الله تعالى الاضافة باعتبار الملك وهو مملوك له سواء كان عليه دين أو لم يكن فيعتق بايجابه الا أن يستثنيه بنية فيعمل استثناؤه لانه نوى المضاف اليه من كل وجه وهذا مضاف اليه ملكا ولكنه مضاف الى عبده كسبا أو نوى تخصيص لفظه العام فتعمل نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولهذا لايصدق

في القضاء واذا دعا عبده سالما فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نيـة له عتق الذى أجابه لانه اتبع الايقاع الجواب فيصير مخاطبا للمجيب وان قال عنيت سالما عتق سالم بنيته لكون المنوى من محتملات كلامه ولكنه لا يصدق في القضاء فى صرف العتق عن مرزوق لان الايقاع تناوله فى الظاهر فلا يدين فى صرفه عنـه في القضاء وهو مدين فيما بينه و بين الله تعالى وان قال يا سالم أنت حر وأشارالى شخص ظنه سالمـا فاذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق عبده سالم لانه اتبع الايقاع النداء فتناول المنادي خاصـة ولا معتبر لظنه فان الظن لا يغني من الحق شيئاً واذا أعتق الرجل عبده أو أمته ثم جحد العتق حتى أصاب من الخدمة والغـلة ما أصاب ثم أقر به أوقامت عليه البينةفليس عليه فى الخدمة شئ لانه مجرد استيفاء المنفعة ولا تتقوم المنفعة الا بعـقد ألا ترى أنهلو غصب حراً فاستخدمه لم يكن عليه شئ سوى المأثم عندنا فهذا مثله بل عينه لانها تبين أنها كانت حرة حين استخدمها ورد عليها ما أصاب من غلتها ومراده اذا كانت هى التى أجرت نفسـها أو اكتسبت لانه تبين أنها كانت حرة مالكة لكسبها فعلى المولى أن يردعليها ما أخذ منها وان كان هو الذى أجرها فما أخذ من الغلة يكون مملوكاله لانه وجب بعقده ولكن لا يطيب له لانه حصل له بكسب خبيث وعليـه في الوطء لها مهر المثل لانه تبين أنه وطئها وهى حرة والوطء فى غير الملك لاينفك عن حـد أو مهر وقد سقط الحد بالشبهة لانها كانت مملوكة له يومئذ في الظاهر فوجب المهر وهـذا لان المستوفى بالوطء فى حكم العين دون المنفعة ولهـذا يختص اباحة تناوله بالملك ولا يملك بالعقد الا مؤبدا وان كان أجنبي جنى عليه ثم أقر المولى انه كان أعتقه قبل ذلكلم يصدق على الزام الجانى حكم أرش الحرلان اقراره ليس بحجةفي حق الجانى وثبوت الحكم بحسب الحجة واقراره حجة عليه خاصة فما وجب من أرش المماليك يكون لها لان المولى حول ذلك باقراره اليها وذلك صحيح منه لكونه مقراً به على نفسه وان قامت به بينة لزم الجانى حكم الجناية على الحر لان البينة حجة فى حق الكل والثابت من الحرية بها قبـل الجناية كالثابت معاينة على الحرولا يجوز عتق الصبي والمجنون فى حال جنونه لان قولهما هدر شرعا خصوصاً فيما يضرهما ولان العتق لا ينفذالابقول ملزم لأنه ملزم فى نفسه وقولهما غير ملزم شرعا وان أعتق فى حال افاقته جاز لانه مخاطب لهقول ملزم وهو يملك العبد حقيقـة فينفذ عتقه وان قال أعتقت عبدى وأنا صبي أو أنا نائم فالقول قوله لانه أضاف اقراره الى

حالة معهودة تنافي اعتاقه فكان انكاراً للعتق معنى واقراراً صورة والعبرة للمعنى دون الصورة وكذلك لو قال أعتقته قبل أن يخلق أو قبل أن أخلق لانه أضاف الى حالة معهودة تنافي تصور الاعتاق فيكون هذا أبلغ فى النفي من الاضافة الى حالة تنافي الاعتاق شرعا واذا وجب تصديقه هناك فهنا أولى واذا قال لعبده أنت حر متى شئت أو كلما شئت أو اذا ما شئت فقال العبد لا أشاء ثم باعه ثم اشتراه ثم شاء العتق فهو حر لانه عاق عتقه بوجود مشيئته في عمره ولم يفت ذلك بقوله لا اشاء لانه يتحقق منه المشيئة بعده وقوله لا أشاء كسكوته أو قيامه عن المجلس ولا يجعل قوله لا أشاء رد الاصل كلام المولى لان تعليق العتق بالشرط يتم بالمولى فلا يرتد برد العبد واذا بقى التعليق نزل العتق لوجود الشرط بمشيئته (قال) ألا ترى أنه لو قال أنت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق وهذا مذهبنا فاما عند الشافعي لا يعتق لان الملك عنده كما يشترط لانعقاد اليمين يشترط لبقائها وبالبيع زال ملكه ولكنا نقول الملك ليس بشرط لانعقاد اليمين وانما الشرط وجود المحلوف به فلهذا صححنا اضافة العتق الى الملك والمحلوف به هو العتق ومحلية العبد للعتق بصفة الرق وذلك لا ينعدم بالبيع الا أنه يشترط الملك عند وجود الشرط لنزول العتق لان تصرفه يتصل بالمحل عند وجود الشرط فاما قبل ذلك بقاء اليمين ببقاء ذمته وبقاء المحلوف به لكونه محلا للعتق فلا معنى لاشتراط الملك فيه وان قال أنت حر حيث شئت فقام من مجلسه بطل ذلك لان حيث عبارة عن المكان أى أنت حر فى أى مكان شئت فليس في لفظه ما يوجب تعميما في الوقت فيتوقت بالمجلس كقوله ان شئت وان قال أنت حر كيف شئت عتق فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولم يعتق في قولهما مالم يشأ قبل ان يقوم من مجلسه وقد بينا هذا فى الطلاق والعتق قياسه وقوله كيف شئت فى العتق ليس بشئ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان بعد نزول العتق لا مشيئة لاحد فى تغييره من وصف الى وصف ولهذا لو شاء العبد عتقاً على مال أو الى أجل أو بشرط أو شاء التدبير فذلك باطل كله وهو حر وان قال عبدي حر وليس له الاعبد واحد عتق لانه عرف محل العتق باضافته الى نفسه فكانه عرفه بالاشارة اليه ولانه أوجب ما لا يتم ايجابه الا فى ملكه فتعين ملكه له فان قال لى عبد آخر واياه عنيت لم يصدق الا ببينة لان كلامه تناول ذلك العبد الذي ظهر ملكه فيه باعتبار الظاهر فيكون هو متهما فى صرفه عنه الا من لا يعلم

فلا

فلا يصدقه القاضي الا بحجة ولو قال ابيعك عبداً بكذا ولم يسمه ولم يره المشتري فالبيع باطل لانه أوجبه في مجهول وايجاب البيع في المجهول باطل وهذه جهالة تفضي الى المنازعة بينهما فان اتفقا أنه هذا فالبيع جائز لان الجهالة والمنازعة قد ارتفعت باتفاقهما وكان بيانهما في الانتهاء بمنزلة التعيين في الابتداء وان قال أبيعك عبدي بكذا ولم يسم كان المشتري بالخيار اذا رآه لانه عرفه بالاضافة الى نفسه فكان بمنزلة التعريف بالاشارة الى مكانه وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم الا واحد وثبوت الخيار للمشتري لعدم الرؤية ﴿ قال ﴾ وليس هذا كالعتق وظن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أن مراده الفرق بينهما في اثبات خيار الرؤية وليس كذلك بل المراد هو الفرق لان ايجاب العتق في المجهول صحيح بخلاف ايجاب البيع حتى لو قال أعتقت عبداً وليس له الا عبد واحد يعتق ذلك العبد بخلاف ما لو قال بعتك عبداً لان المنازعة تمكن بسبب الجهالة في البيع دون العتق والبيان من المولى مقبول في العتق لانه ايجاب لايقابله استيجاب بخلاف البيع ولو قال أحد عبدي حر أو أحد عبيدي حر وليس له الا عبد واحد عتق ذلك العبد لانه عرف محل العتق باضافته الى نفسه بالملكية واذا كان المضاف اليه بالملكية واحدا كان متعينا لايجابه ولو قال لعبديه احد كما حر عتق احدهما لا بعينه لان العتق يحتمل التعليق بالشرط فيصح ايجابه في المجهول كالطلاق وهذا لان المتعلق بالشرط انما ينزل عند وجود الشرط والايجاب في المجهول في حق العين كالمتعلق بشرط البيان فيما يحتمل التعليق بالشرط فيصح ايجابه في المجهول فان مات أحدهما أو قتل تعين العتق في الآخر لان الذي مات خرج من أن يكون محلا لايقاع العتق عليه والعتق المبهم في حق المعين كالنازل عند البيان فلا بد من بقاء المحل ليبقى خياره في البيان وعدم التعين في الباقي منهما كان لمزاحمة الآخر اياه وقد زالت هذه المزاحمة بخروج أحدهما من أن يكون محلا للعتق فلهذا يتعين في الآخر وهذا بخلاف البيع فانه لو اشترى أحد العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات أحدهما تعين البيع في الهالك وهنا يتعين العتق في القائم قال على القمي وفي الحقيقة لافرق بينهما لان الهالك يهلك على ملكه في الفصلين والاصح أن يقول هناك حين أشرف أحدهما على الهلاك تعين البيع فيه لأنه تعذر عليه رده كما قبض فانما يتعين للبيع وهو حي لاميت وهنا لو تعين العتق فيه تعين بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لايخرج من أن يكون محلا للعتق وبعد الموت هو ليس

بمحل للعتق فيتعين في القائم ضرورة وكذلك لو باع أحدهما أو وهبه لانه اكتسب فيه سبب التمليك والمعتق لا يكون محلا للتمليك فمن ضرورة اكتساب سبب التمليك فيه نفى العتق عنه وذلك يخرجه من مزاحمة الآخر فى ذلك العتق وهذا لان تصرف العاقل محمول على الصحة ما أمكن ومن ضرورة صحة هذا التصرف انتفاء ذلك العتق عن هذا المحل وكذلك لو دبر أحدهما صح تدبيره لانهما مملوكان فى الظاهر ومن ضرورة صحة التدبير انتفاء ذلك العتق عنه لان المعتق لا يدبر وهذا لان التدبير تعليق للعتق بالشرط والعتق فى محل واحد غير متعدد فمن ضرورة تنجزه بطلان التعلق بالموت ومن ضرورة صحة تعليقه بالموت انتفاء تنجز العتق فيه قبله وكذلك لو كانا أمتين فوطئ إحداهما فعلقت منه لانها صارت أم ولد له فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذ انتفى عن إحداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة ولو وطئ احداهما ولم تعلق منه فكذلك الجواب فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبى حنيفة لا يتعين العتق في الاخرى بل يبقى خياره فى البيان وجه قولهما ان الوطء تصرف لا يحل الا بالملك فاقدامه عليه فى احداهما دليل تعيين الملك فيها ومن ضرورته انتفاء ذلك العتق عنها فتعين فى الاخرى وقاسا بما بينا من التصرفات وبما لو قال لامرأتين له احداكما طالق ثلاثا ثم وطئ احداهما تعين الطلاق فى الاخرى وهذا لان فعل المسلم محمول على الحل ما أمكن لان عقله ودينه يمنعه من الحرام ووطؤهما جميعاً ليس بحلال له حتى لا يفتي له بذلك فكان من ضرورة حل الوطء فى احداهما انتفاء العتق عنها ألا ترى أنه لو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها فى مدة الخيار يصير فاسخا للبيع وهناك الجارية باقية على ملكه ووطؤها حلال له ثم كان من ضرورة الاقدام على الوطء انتفاء سبب المزيل عنها فهنا أولى وكذلك لو باع احدى الامتين وسمي لكل واحدة منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم وطئ احداهما فليس له أن يعين البيع فيها بعد ذلك وكذلك ان كان المشترى بالخيار فوطئ احداهما تعين البيع فيها لاثبات صفة الحل لفعله فهذا قياسه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول وطؤهما جميعا مملوك له والوطء فى الملك بمنزلة الاستخدام لانه من حيث الحقيقة ليس في الوطء الا استيفاء المنفعة وانما تظهر المفارقة بينهما من طريق الحكم وذلك فى غير الملك فبقى في الملك الوطء نظير الاستخدام وبيان ان وطأهما مملوك له أما من حيث الحكم فلأنهما لو وطئهما بالشبهة كان الواجب عقر المملوكتين وكان ذلك كله

للمولى وانما علك البدل بملك الاصل ومن حيث الحقيقة فلانهما كانتا مملوكتين له قبل ايجاب العتق وانما أوجب العتق في نكرة وكل واحدة منهما بعينها معرفة والمنكر غير المعرف فلايجوز ايجاب العتق في المعين قبل بيانه لانه ايجاب فى غير المحل الذى أوجبه ولايقول هو في الذمة كما توهمه بعض أصحابنا رضى الله عنهم لانه ما أوجبه فى الذمة ولكن نقول هو فى المنكر كما أوجبه وعدم التعين لا يمنع صحة الايجاب فيما هو أضيق من هذا معنى حتى لو باع قفيزا من صبرة جاز فلأن لا يمنع صحة الايجاب هنا أولى ولكن الايجاب في المنكر كالمتعلق بشرط البيان فى حكم العين والتعليق بالشرط يمنع الوصول الى المحل وفيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع المعتبر انتفاء معني المنازعة لصحة الايجاب فاذا بقيت كل واحدة منهما مملوكة له عينا بقى وطء كل واحدة منهما مملوكا له ولكن لايفتى بالحل لان المنكر الذى وجب فيه العتق فيهما والحل والحرمة مبنى على الاحتياط فلهذا لايفتى بحل وطئهما له وان كان وطؤهما مملوكا له وهذا بخلاف النكاح فان ملك النكاح ليس الا ملك الحل والطلاق موجبه الاصلى حرمة الحل ولايجتمع الوصفان فى محل واحد فمن ضرورة كون ملك المتعة باقيا له في الموطوءة انتفاء التطليقات عنها فيتعين في الأخرى واما العتق يزيل ملك الرقبة وحل الوطء باعتبار ملك المتعة لا باعتبار ملك الرقبة وليس من ضرورة ملك المتعة فى محل انتفاء العتق عن ذلك المحل ولا يقال هنا لاسبب لملك المتعة الاملك الرقبة ومن ضرورة انتفاء ملك الرقبة انتفاء ملك المتعة الثابت بسببه لان ما كان طريقه طريق الضرورة تعتبر فيه الجملة لا الاحوال ألا ترى أن الجارية المبيعة اذا جاءت بولد لاقل من ستة أشهر فقطعت يد الولد وأخذ المشترى الارش ثم ادعى البائع نسب الولد بطل البيع وحكم بحرمة الاصل للولد وبقى الارش سالماً للمشتري ولا سبب فى هذا الموضع لملكه الأرش سوى ملك الرقبة ثم نظر الى الجملة دون الاحوال وكذلك لو اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسى يحرم عليه تناوله وسبب الملك هنا ملك العين ولما كان حل التناول يثبت فى الطعام في الجملة من غير ملك نظر الى الجملة دون الاحوال بخلاف حل الوطء اذا تقرر هذا فنقول لا منافاة بين ملك المتعة والحرية في محل واحد ابتداء وبقاء فى الجملة وأكثر مافي الباب ان يكون إقدامه على الوطء دليل بقاء ملك المتعة له فى هذا المحل وذلك لايوجب منافاة الحرية عنه ضرورة توضيحه ان وطء احداهما دليل الحرمة فى الأخري والتصريح

بالحرمة يجوز أن يقع به الطلاق بأن يقول لامرأته أنت على حرام بنية الطلاق فكذلك ما يدل على الحرمة فى الأخرى يحصل به البيان فأما التصريح بالحرمة لا ينزل به العتق فكذلك البيان لا يحصل بما يكون دليل الحرمة فى احدأهما لان البيان فى حق المحل كالايجاب ابتداء ولهذا لايصح بعد الموت فاما فى البيع بشرط الخيارلو لم يجعله فاسخاً للبيع بالوطء لكان اذا جاز البيع يملكه المشتري من وقت العقد حتى لو وطئت بالشبهة كان الارش للمشتري فتبين به ان البائع وطئها في غير ملكه فلهذا جعلناه بيانا وهنا لو عين العتق فى الموطوءة لا يتبين انعدام ملكه فيها سابقا على الوطء بدليل انها لو وطئت بشبهة يكون الارش سالما للمولى وان عين العتق فيها مع ان فسخ البيع هناك يحصل بالجناية وهنا لايحصل بجنايته علي احداهما بالبيان فكذلك بالوطء وكذلك في بيع احدى الامتين أما اذا كان الخيار المشترى فلأنه لايملك احداهما الا بعد تعيين البيع فيها واذا كان الخيار للبائع فلانه لو عين البيع فيها بعد الوطء يثبت الملك للمشترى من وقت البيع ويتبين أنه وطئها في غير ملكه فللتحرز عن هذا تعين البيع فى الاخرى ضرورة وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه لو قبل إحداهما أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها فكذلك أيضا لان هذه الافعال لاتحل الا في الملك كالوطء ولو أعتق احداهما بعينها ثم قال إياها كنت عنيت بذلك العتق الاول كان مصدقا أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فلان العتق الاول فى حق العين لم يكن نازلا حتى يقال له أوقع فكان هذا ايقاعا لذلك العتق فى العين وعند محمد رحمه الله تعالى هو نازل فى احداهما حتى يقال له بين على ماذكره فى الزيادات ولكن لفظه فى الايقاع والبيان يتقارب والبيان مستحق عليه فيحمل فعله على الوجه المستحق وان قال أردت به الايقاع ابتداء صح ايقاعه لانها بقيت على ملكه بعد العتق المبهم محلا قابلا لتصرفه وبتقرر ايقاعه تخرج عن أن تكون محلا لذلك العتق المبهم فيتعين في الاخرى كما لو دبر احداهما ولو فقأ رجل عين احداهما فالمولى على خياره لان المفقوءة عينها محل للعتق كالاخرى وسواء أوقع العتق عليها أو على الاخرى فالواجب على الفاقئ أرش عين الامة للمولى أما اذا أوقع على الاخرى فلا اشكال فيه وكذلك اذا أوقع على المفقوءة عينها لانها كانت مملوكة حين فقئت عينها فصار ارش عين المملوكة مستحقا للمولى ثم ايقاع العتق عليها يعمل فيما بقي منها دون مافات ونظيره ارش اليد فى ولد

الجارية المبيعة اذا ادعي البائع نسبه انه يبقي سالما للمشتري وان قال كنت عنيتها حين أوقعت العتق أو قال كنت أوقعت العتق عليها قبل فقء العين لم يصدق في حق الجاني لان الواجب عليه أرش مملوكة فهو بهذا الكلام يريد ان يلزمه أرش عين حرة ولكنه يصدق على نفسه حتى يكون ذلك الارش لها لانه هو المستحق للارش ظاهراً وقد أقر به لها فاقراره صحيح في حق نفسه ولو قتلهما رجل واحد فان قتل احداهما قبل الاخرى فعليه قيمة الاولى للمولى ودية الاخرى لورثتها لان بقتل احداهما يتعين العتق في الاخرى ضرورة فتبين أنه قتلها وهي حرة وان قتلهما معاً كان عليه قيمة أمة ودية حرة ان استوت القيمتان وان اختلفت فعليه نصف قيمة كل واحدة منهما ونصف دية حرة لانا نتيقن أنه قتل حرة وأمة وقتل الحر يوجب الدية وليست احداهما بأولى من الاخرى فيلزمه نصف قيمة كل واحدة منهما ونصف ديتها لان البيان فات حين قتلتا وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما ﴿فان قيل﴾ اذا لم يكن العتق نازلا في احداهما كيف يجب عليه دية حرة ﴿قلنا﴾ هذا انما يلزم من يقول أن العتق نازل في الذمة ونحن قلنا أن العتق نازل في المنكر وذلك المنكر فيهما لا يعدوهما فعند اتحاد القاتل يعلم أنه قاتل للمنكر الذي نزل فيه العتق وهو بمنزلة ما قال في الجامع لو أوصى لرجل بأحد عبديه ثم مات فأعتقهما الموصى له ثم عين الوارث وصيته في احدهما تعين ذلك المعين من قبله ثم نصف ما وجب في بدل نفس كل واحدة منهما يكون لمولاها والنصف لورثتها لان كل واحدة منهما ان كانت حرة فبدل نفسها لوارثها وان كانت أمة فبدل نفسها لمولاها فيتوزع نصفين للمساواة ولو قتلهما رجلان كل واحد منهما قتل احداهما فان كان على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمة الاولى لمولاها وعلى القاتل الثاني ديتها لورثتها لان العتق تعين فيها وان كان معا فعلى كل واحد منهما قيمة أمة لان كل واحد من القاتلين انما قتل احداهما بعينها والعتق في حق المعين كأنه غير نازل فكانت كل واحدة منهما مملوكة عيناً وانما نزول العتق في المنكر ولا يتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فانما وجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في الكتاب أن ذلك للمولى أو لورثتها وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحدة منهما والنصف للورثة لان في حق المولى الحرية ثابتة في احداهما فلا يستحق بدل نفسها فيتوزع ذلك نصفين لهذا ولو قطع ايديهما رجل واحد جميعا معا أو احداهما قبل الاخرى أو فعل

ذلك رجلان كان الواجب أرش يدي مملوكتين ويسلم ذلك كله للمولى لان بعد قطع اليد يبقى خيار المولى لبقاء كل واحدة منهما محلا للعتق وما بقي خيار المولى لايكون العتق نازلا في عين احداهما فانما ابينت يد كل واحدة منهما على حكم الرق بخلاف الرق فانه لا يبقى خيار المولى في البيان بعد ماقتلت أو احداهما واذا لم يبق خياره لم يكن بدمن الحكم بشيوع العتق فيهما واذا كان قاتلهما واحدا نتيقن بأنه قتل حرة وأمة وان لم يجن عليهما أحد ولكن المولى مات قبل ان يبين عتق من كل واحدة منهما نصفها وسعت فى نصف قيمتها لان البيان فات بموت المولى فان وارثه لا يخلفه فى ذلك فانه لايقف على مراده ولان مجرد الخيار لايورث ولما فات البيان شاع العتق فيهما اذ ليست احداهما بأولى من الاخرى وبعد ما عتق نصف كل واحدة منهما يجب اخراج النصف الباقى الى الحرية بالسعاية وان اختار المولى عند الموت احداهما عتقت كلها ولا يعتبر من ثلث ماله لان الايقاع كان منه فى الصحة وقد تم الاستحقاق به في حقه معتبراً من جميع ماله لانه لاتنكير فى جانبه فلا يتغير ذلك ببيانه عند الموت وهو نظير مالو طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول من غير عينها كان له أن يتزوج أخرى لان احداهن قد بانت في حقه فانه لاتنكير فى جانبه ولو جنت احداهما جناية قبل أن يختار المولى ثم اختار ايقاع العتق عليها بعد علمه بالجناية كان مختاراً للجناية لانه كان متمكنا من أن يوقع العتق على الاخرى فايقاعه على هذه في حق أولياء الجناية بمنزلة اعتاق مبتدأ لانه يمتنع به دفعها فيصير مختاراً للدية ولا يصدق فى حقهم انه كان أرادها بذلك العتق السابق وان مات المولى قبل البيان عتق من كل واحدة منهما نصفها وسعت كل واحدة منهما في نصف قيمتها لورثة المولى وكان على المولى قيمة التى جنت فى ماله لانه تعذر دفعها حين عتق نصفها على وجه لم يصر المولى مختاراً بل صار مستهلكا بترك البيان فى الاخرى حتى مات فيلزمه قيمتها كما لو أعتق الجانية قبل أن يعلم بالجناية ولو باع احداهما على انه بالخيار وقع العتق على الاخرى لان تصرفه بالبيع في احداهما نافذ ومن ضرورة نفوذه خروجها من أن تكون محلا لذلك العتق فيتعين فى الاخرى وكذلك لو باع احداهما بيعاً فاسداً وقبضها المشترى وهذا أظهر لان المشتري بالقبض قد ملكها فمن ضرورته تعين العتق فى الاخري ولكن قيل لامعتبر بهذه الزيادة فسواء قبضها المشترى أولم يقبضها تعين العتق في الاخرى لان البيع اسم خاص لتمليك مال بمال في قوله بعت هذا بكذا

اقرار بأنه لا حظ لها في ذلك العتق فيتعين في الاخرى ألا ترى أنه لو عرض احداهما على البيع تعين الاخرى للعتق محفوظ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فاذا باع إحداهما بيعا فاسداً أولى وهذا لإن دليل البيان ممن له الخيار كصريح البيان كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما خير بريرة قال لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك وكذلك لو باع احداهما بعينها على أن المشترى بالخيار عتقت الباقية وهذا أظهر لأن المشترى لو أعتقها عتقت من قبله فمن ضرورة هذا التصرف خروجها من أن تكون مزاحمة في ذلك العتق وكذلك لو كاتب احداهما لانه بالكتابة يوجب لها ملك اليد في نفسها ومكاسبها بعوض وهذا لا يتحقق في العتق فكان انتفاء العتق عنها من ضرورة تصرفه وكذلك لو رهن احداهما لانه أثبت للمرتهن يد الاستيفاء في ماليتها بتصرفه ومن ضرورته انتفاء العتق عنها وكذلك لو أجر احداهما لانه التزم تسليمها الى المستأجر بولاية الملك ومن ضرورته انتفاء العتق عنها وان استخدمها لم تعتق الباقية لانه ليس من ضرورة استخدامه اياها انتفاء العتق عنها فالانسان قد يستخدم الحرة خصوصا اذا كانت مولاة له ويحل له ذلك شرعا برضاها فلا يكون ذلك دليل البيان وقد بينا ان الاعتاق من الصبي لا يجوز وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وكذلك لو قال كل مملوك أملكه اذا احتلمت فهو حر لان اليمين لا تنعقد الا بقول ملزم وليس للصبي قول ملزم شرعاً خصوصا فيما لا منفعة له فيه والمجنون كالصبي واذا قال الصحيح عبدي حر يوم أفعل كذا ففعل ذلك وهو معتوه عتق عبده الا على قول ابن أبي ليلى رضى الله تعالى عنه فانه يقول المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز والمعتوه ليس من أهل تنجيز العتق ولكنا نقول العته لا يعدم ملكه ولا يمنع تحقق الفعل منه انما يهدر قوله ولا حاجة الى قوله عند وجود الشرط والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز بذلك التعليق السابق وقد صح منه واذا أعتق الرجل عبده وهو من أهل الحرب في دار الحرب ثم صار ذمياً أو أسلم وعبده معه في يده فهو عبده وعتقه وتدبيره في دار الحرب باطل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عتقه نافذ لانه ازالة الملك بطريق الابطال فيصح في دار الحرب كالطلاق ثم ملك الحربي أضعف من ملك المسلم فاذا كان ملك المسلم يزول بالعتق مع تأكده بالاحراز فملك الحربي أولى وهما يقولان لا فائدة في هذا العتق لانه معتق بلسانه مسترق بيده وهو محل للاسترقاق والدار دار

القهر فعرفنا أنه غير مفيد شيئاً ولان الاعتاق احداث قوة واذا كان العبد حربيا لا يتحقق فيه معنى احداث القوة لانه عرضة للتملك ولهذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى أهل الحرب بمنزلة الارقاء حتى لو كان العبد مسلماً كان العتق نافذاً وبعض أصحابنا يقولون لاخلاف في نفوذ العتق على مافسره محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير أنه اذا كان من حكم ملكهم أنه يمنع المعتق من استرقاق المعتق فانه ينفذ العتق وانما الكلام فى اثبات الولا على ماذكره الطحاوى ان عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا ولاء عليه للمعتق وله ان يوالى من شاء وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى استحسن ان يكون ولاؤه للذى أعتقه لان الولاء كالنسب ولا خلاف ان النسب يثبت فى دار الحرب حتى لو قال المستأمن لغلمان في يده هؤلاء أولادى أو لجوار في يده هن أمهات أولادى قبل ذلك منه فكذلك الولاء يثبت فى دار الحرب ثم يتأكد بالخروج الى دار الاسلام ولا يبطل وهما يقولان ثبوت الولاء للمعتق على المعتق حكم شرعى ودار الحرب ليس بدار الاحكام وهو أثر ملك محترم ولا حرمة لملك الكافر ثم لو أحرز المملوك نفسه بدارنا لم يكن لأحد عليه ولاء فكذلك المعتق والاصل فيه ما روى أن ستة من أهل الطائف خرجوا حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محاصراً لهم ثم خرج مواليهم يطلبون ولاءهم فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يقول هناك لم يوجد من الموالى اكتساب سبب الولاء وانما زال ملكهم بتباين الدارين وهنا من المولى قد وجد اكتساب سبب الولاء بالعتق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة فى العتق

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه وشهادة الشهود على عتق الامة جائزة وان كانت هى منكرة لأن هذا فرج معناه أن عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على المولى وذلك من حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير الدعوى ﴿ فان قيل ﴾ فعلى هذا ينبغى أن يكتفي بشهادة الواحد لانه أمر دينى وخبر الواحد فيه حجة تامة ﴿ قلنا ﴾ خبر الواحد انما يكون حجة فى الامر الدينى اذا لم تقع الحاجة الى التزام المنكر وهنا الحاجة ماسة الى ذلك ولان في هذا ازالة الملك والمالية عن المولى وخبر الواحد لا يكفي لذلك فلهذا لا بد من أن يشهد به رجلان

﴿فان قيل﴾ فاذا كانت هي أخته من الرضاعة قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج هنا ﴿قلنا﴾ بل فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يلزمه الحد وبعد العتق يلزمه الحد وبضعها مملوك للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها للمحرمية ألا ترى أنه يزوجها وان بدل بضعها يكون له فيزول ذلك الملك باعتاقها ولان الامة فى انكار العتق متهمة لما لها من الحظ فى الصحبة مع مولاها ولا معتبر لانكار من هو متهم في انكاره فجعلناها كالمدعية لهذا فأما الشهادة على عتق العبد لا تقبل مع جحود العبد فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وتقبل فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قولهما أن المشهود به حق الشرع وعدم الدعوى لا يمنع قبول الشهادة عليه كعتق الامة وطلاق الزوجة وبيان ذلك أن المشهود به العتق وهو حق الشرع ألا ترى أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وانه مما يجوز أن يحلف به وانما يحلف بما هو حق الشرع وان ايجابه فى المجهول صحيح ولا يصح ايجاب الحق للمجهول ويتعلق به حرمة استرقاقه وذلك حق الشرع قال النبي عليه الصلاة والسلام ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة وذكر فى جملتهم من استرق الحر ويتعلق به حكم تكميل الحدود ووجوب الجمعة والاهلية للولايات ثم الاسترقاق على أهل الحرب عقوبة بطريق المجازاة لهم حين أنكروا وحدانية الله فجازاهم على ذلك بان جعلهم عبيد عبيده فازالته بعد الاسلام يكون حقا للشرع ولهذا كانت قربة تتأدى بعض الواجبات بها والدليل عليه ان التناقض في الدعوى لايمنع قبول البينة حتى لو أقر بالرق ثم ادعي حرية الاصل وأقام البينة قبلت بينته والتناقض يعدم الدعوي وحجة أبى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد فقد جعل أداء الشهادة قبل الاستشهاد من امارات الكذب فظاهره يقتضي أن لايكون مقبولا منه الا حيث خص بدليل الاجماع والمعنى فيه ان ازالة ملك اليمين بالقول ولا يتضمن معنى تحريم الفرج فلا تقبل الشهادة فيه الا بالدعوى كالبيع وتأثيره ان المشهود به حق العبد لان الاعتاق احداث قوة المالكية والاستبداد فيتضمن انتفاء ذل المالكية والرق وذلك كله حق العبد فأما ماوراء ذلك من ثمرات العتق فلا يعتبر ذلك وانما يعتبر المشهود به فاذا كان حقاً للعبد يتوقف قبول البينة على دعواه ونحن نسلم أن فى السبب معني حق الشرع ولهذا لايتوقف على قبوله ولا يرتد برده ولكن هذا لايدل على قبول البينة

فيـه من غير الدعوى كالعفو عن القصاص ثم العبد غير متهم في هذا الانكار لان العاقل لايجحد الحرية ليستكسبه غيره فينفق عليه بعض كسبه ويجعل الباقي لنفسه فصح انكاره وصار به مكذبا لشهوده بخلاف الامة لانها متهمة في الانكار على ماقلنا حتى لو كان العبد متهما بأن كان لزمه حد قذف أو قصاص في طرف فانكر العتق تقبل الشهادة ومن أصحابنا من قال التناقض انما يعدم الدعوى فيما يحتمل الفسخ بعد ثبوته لان أول كلامه ينقض آخره وآخره ينقض أوله فاما فيما لايحتمل النقض بعد ثبوته فلا معتبر بالتناقض كما في دعوى النسب فان الملاعن اذا أكذب نفسه ثبت النسب منه ولا ينظر الى تناقضه في الدعوى ولانافض لحرية الاصل في دارنا فالتناقض فيه لايكون معدما للدعوي وهذا ضعيف فان من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالي أنه بعدما أقر بنسب ولد أمته لغيره لوادعاه لنفسه لا يصح للتناقض والنسب لايحتمل النقض والوجه ان يسلك فيه طريقة الشبهين فنقول من حيث السبب المشهود به من حق الشرع بمنزلة طلاق الزوجة وعتاق الامة ومن حيث الحكم المطلوب بالسبب هو حق العبد كما بينا وما تردد بين الشبهين يوفر حظه عليهما فلشبهه بحقوق العباد قلنا الشهادة لاتقبل بدون الدعوى ولشبهه بحق الشرع قلنا التناقض في الدعوى لايمنع قبول البينة عليه واذا شهدوا انه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم فانه يعتق لما بينا ان ايجاب العتق في المجهول صحيح ولان ملكه متعين لما أوجبه فبان لايعرف الشهود العبد لايمنع قبول شهادتهم كان القاضي يقضي بالعتق اذا سمع هذه المقالة من المولى وان كان هو لايعرف العبد ولو شهدوا به في البيع أبطلته لما بينا ان الجهالة التي تفضي الى المنازعة تمنع صحة البيع واذا لم يعرف الشهود العبد فهذه جهالة تفضي الى المنازعة ويتعذر على القاضي القضاء لاجله بالشهادة واذا شهدوا عليه بعتق عبد بعينه واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد احدهما أنه أعتقه وشهد الآخر أنه أقر انه أعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلافهما في الزمان والمكان ولا باختلافهما في اللغة وصيغة الاقرار والانشاء في العتق واحد وان اختلفا في الشرط الذي علق به العتق لم يجز لان احدهما يشهد بعتق يتنجز عند دخول الدار والآخر بعتق يتنجز عند كلام فلان والكلام غير الدخول فلا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين وان اتفقا على أنه قال له ان دخلت الدار فأنت حر وقال المولى انما قلت له ان كلمت فلانا فأنت حر فأيهما

فعل فهو حر لان التعليق بشرط الدخول ثبت بشهادة شاهدين وبكلام فلان باقرار المولى ولا منافاة بينهما ولو شهد احدهما أنه أعتقه بجعل والآخر أنه كان بغير جعل لم تقبل الشهادة لان احدهما يشهد بعتق متعلق بقبول البدل والآخر بعتق بات ولان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذلك لو اختلفا فى مقدار الجعل والمولى ينكر ذلك فالشهادة لاتقبل سواء أدعى العبد أقل المالين أو أكثرهما لان احدهما يشهد بعتق متعلق بقبول الف والآخر بقبول الف وخمسمائة وان كان المولى هو المدعى والعبد منكر فان كان يدعي أقل المالين عتق العبد لاقرار المولى بحريته ولا شئ عليه لانه أكذب أحد شاهديه وهو الذى شهد له بالف وخمسمائة وان ادعى العتق بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لان الشهادة هنا لاتقوم على العتق فالعبد قد عتق باقرار المولى وانما تقوم على المال ومن ادعى الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة يقضى بالالف لاتفاق الشاهدين لفظا ومعني واذا شهد شاهدان انه أعتقه ان دخل الدار وآخران ان كلم فلانا فايهما وجد عتق العبد لان كل واحد من التعليقين ثبت بحجة كاملة ولا تنافي بينهما وان ادعى الغلام انه أعتقه بالف وأقام شاهدين وادعاه المولى بألفين وأقام شاهدين فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة في حقه ببينته وان أقام العبد بينة أنه قال اذا أديت الىّ ألفا فأنت حر وأنه قد أداها وأقام المولى بينته أنه انما قال له اذا أديت الىّ ألفين فأنت حر فالعبد حر ولا شئ عليه غير الالف الذى أداه لان العبد يثبت ببينته تنجز الحرية فيه وهو حقه ولانه يجعل كان الامرين كانا اذ لامنافاة بينهما ولو عاينا وجود الكلامين من المولى تخير العبد وعتق باداء أى المالين اختاره ولو أقام العبد البينة أنه باعه نفسه بألف فأقام المولى البينة انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق يتنجز بالقبول هنا فكان اثبات الزيادة في بينة المولى بخلاف الاول ﴿ قال ﴾ فى الاصل ولو باعه نفسه بألف درهم فأداها من مال المولى كان حراً وللمولى أن يرجع عليه بمثلها والعتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء والوجه فيه أن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى مسروقا أومغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيقع من الوجه المستحق فى الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله وان شهد للعبد ابناه أو أبوه وأمه أن مولاه أعتقه فشهادتهما باطلة لانها تقوم لمنفعة العبد وهؤلاء متهمون فى حقه ولا شهادة لمتهم والعتق يثبت مع الشبهات

فيثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال واذا رجع شهود العتق بعد القضاء لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان فى ابطال الحكم ولا فى ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته لانهما أتلفا ماليته على المولى وقد أقر بالرجوع أنهما أتلفاه عليه بغير حق والمعتبر فى الضمان عند الرجوع بقاء من بقى على الشهادة لا رجوع من رجع وقد بينا هذا فى الطلاق وان شهد شاهدان بعتقه فلم يحكم بشهادتهما للتهمة ثم ملكه أحدهما عتق عليه لانه قد أقر بحريته وذلك الاقرار صحيح لازم فى حقه الا أنه لم يكن عاملا لانعدام الملك له فى المحل فاذا وجد الملك عمل وكان كالمجدد للاقرار بعد ما ملكه فيكون حراً من ماله واذا شهدا بعتقه فحكم بشهادتهما ثم رجعا عنه فضمنا قيمته ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى قد كان أعتقه فان شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو فانه عتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا أنه أعتقه قبل شهادة هؤلاء لم يرجعوا بما ضمنوا فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فثبت بشهادة الفريق الثانى حرية العبد من الوقت الذى شهدوا به وان لم يكن هناك مدعيا لذلك ثم تبين به أن الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئاً بشهادتهم وانه أخذ ما أخذ منهم بغير حق وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل الشهادة على عتق العبد من غير الدعوى ولا مدعى لما يشهد به الفريق الثانى فان العبد قد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعى العتق والفريق الاول لما شهدوا بأنه أعتقه فى وقت لا يمكنهم أن يدعوا عتقا فى وقت سابق عليه للتناقض فلانعدام الدعوى لا تقبل شهادة الفريق الثانى ولا يجب على المولى رد شئ مما أخذه من الفريق الاول ولو قيد رجل عبده ثم قال ان لم يكن فى قيده عشرة أرطال حديد فهو حر وان حل قيده فهو حر فشهد شاهدان أن فى قيده خمسة أرطال حديد فقضى القاضي بعتقه ثم حل القيد فاذا فيه عشرة أرطال فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الشهود يضمنون قيمته للمولي وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى لا يضمنون له شيئاً وهذا بناء على ان قضاء القاضي بالعتق بشهادة الزور عند أبي حنيفة رحمه الله ينفذ ظاهراً وباطناً وفي قول أبي يوسف رحمه الله الآخر وهو قول محمد رحمه الله تعالى ينفذ ظاهراً لا باطناً فتبين ان قضاء القاضي بشهادتهما لم يكن نافذا فى الباطن وان

العبد انما عتق بحل القيد لا بشهادتهما فلا يضمنان عندهما شيئا وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إنما عتق العبد بقضاء القاضي لنفوذ قضائه ظاهراً وباطنا وقضاء القاضي كان بشهادتهما فلهذا ضمنا قيمته لانا علمنا انهما شهدا بالباطل ﴿فان قيل﴾ هما انما شهدا بشرط العتق لانهما شهدا بوزن القيد انه دون عشرة أرطال وذلك شرط العتق ولا ضمان على شهود الشرط ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل شهدا بتنجيز العتق لانهما زعما ان المولى علق عتقه بشرط موجود والتعليق بشرط موجود يكون تنجيزاً حتى يملكه الوكيل بالتنجيز وشهود تنجيز العتق يضمنون عند الرجوع ﴿فان قيل﴾ قضاء القاضي انما ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله اذا لم يتيقن ببطلانه فاما بعد التيقن ببطلانه لا ينفذ كما لو ظهر ان الشهود عبيد أو كفار وهنا قد تيقنا ببطلان الحجة حين كان وزن القيد خمسة أرطال وبعد ما علم كذبهم بيقين لا ينفذ القضاء باطنا فانما عتق بحل القيد ﴿قلنا﴾ لا كذلك بل نفوذ القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى باعتبار انه يسقط عن القاضي تعرف ما لا طريق له الى معرفته وهو حقيقة صدق الشهود ولا يسقط عنه الوقوف على ما يتوصل اليه من كفرهم ورقهم لان التكليف يثبت بحسب الوسع وقد تعذر على القاضي هنا الوقوف على حقيقة وزن القيد لانه لا يعرف ذلك الا بعد ان يحله واذا حله عتق العبد فيسقط عنه حقيقة معرفة وزن القيد ونفذ قضاؤه بالعتق بشهادتهما ظاهراً وباطنا ﴿فان قيل﴾ لا كذلك فقد يمكنه معرفة وزن القيد قبل أن يحله بأن يضع رجلي العبد مع القيد في طست ويصب فيه الماء حتى يعلو القيد ثم يجعل على مبلغ الماء علامة ثم يرفع القيد الى ساقه ويضع حديدا في الطست الى أن يصل الماء الى تلك العلامة ثم يزن ذلك الحديد فيعرف به وزن القيد ﴿قلنا﴾ هذا من أعمال المهندسين ولا تنبني أحكام الشرع على مثله مع أنه انما يعرف وزن القيد بهذا الطريق اذا استوى الحديدان في الثقل ولا يعرف ذلك ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما وله عبدان اسم كل واحد منهما سالم والمولى يجحد ذلك لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا بد من الدعوي لقبول الشهادة عنده والدعوى لا تحقق من المشهود له لانه غير معين منهما ولا يتمكن الشهود من تعيينه فبطلت شهادتهما لهذا وان قالا قد سماه لنا فنسينا إسمه فشهادتهما باطلة لاقرارهما على أنفسهما بالغفلة وبانهما ضيعا شهادتهما وحكي عن زفر رحمه الله تعالى ان الشهادة تقبل ويقال للمولى بين لانهما نثبتان كلام المولى فثبت بشهادتهما ان المولى أعتق عبدا

له والجهالة لا تمنع صحة العتق فكان المولى مجبرا على البيان ولو شهد أنه أعتق أحد عبديه بغير عينه والمولى يجحد ذلك فشهادتهما باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان الدعوى شرط لقبول البينة على العتق عنده والدعوى من المجهول لا تحقق انما تحقق الدعوي من كل واحد منهما بعينه والمشهود به عتق فى منكر لا فى معين فلا تقبل وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى هذه المسئلة وفى مسئلة الشهادة تقبل ويؤمر المولى بالبيان لان الشهادة على العتق عندهما تقبل من غير دعوى فيثبت به أن المولى أعتق احدهما بغير عينه فيؤمر بالبيان لهذا وكذلك لو شهدا بأنه أعتق احدى أمتيه ﴿ فان قيل ﴾ فى هذا الفصل ينبغى أن تقبل الشهادة عندهم جميعا لان أباحنيفة رحمه الله تعالى لايشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة ﴿ قلنا ﴾ نعم انما لا يشترط الدعوى فى الشهادة على عتق أمة بعينها لما فيها من تحريم الفرج فأما العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده ولهذا قال لا يكون الوطء بيانا فلهذا كان الجواب فى العبد والامة سواء هنا الا ان شهدا أن هذا كان عند الموت منه فحينئذ تقبل شهادتهما عنده استحسانا وفى القياس لا تقبل لانعدام شرط القبول وهو الدعوي كما لو كان ذلك فى حال حياته وصحته والاستحسان وجهان . أحدهما أن العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحد منهما نصفه فتتحقق الدعوى من كل واحد منهما والثانى أن العتق فى مرض الموت بمنزلة الوصية حتى يعتبر من الثلث ووجوب تنفيذ الوصية لحق الموصى فتتحقق الدعوى من وصيه أو وارثه هنا فلهذا قبلت البينة ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده لم تجز شهادتهما لان المشهود عليه مجهول وذلك يمنع قبول الشهادة فان الانكار شرط لقبول البينة والانكار من المجهول لايتحقق ولان القاضي لايتمكن من القضاء على واحد منهما بهذه الشهادة وان أدعي العبد أو الامة العتق ولم يكن له بينة حاضرة لم يحل بين المولى وبين العبد لان بمجرد الدعوى لايثبت استحقاق العبد العتق فانه خبر متمثل بين الصدق وبين الكذب والمخبر غير موثوق فيه لما له في ذلك من الحظ والى هذا أشار عليه الصلاة والسلام فى قوله لو أعطى الناس بدعواهم لادعي قوم دماء قوم وأموالهم واليد حق للمولى في مملوكه فكما لا يجوز ابطال الملك بمجرد الدعوى فكذلك لا يجوز ابطال اليد بالحيلولة وكذلك ان أقام شاهداً واحداً لان الحجة لاتتم بشهادة الواحد وهذا الجواب فى العبد فاما فى الامة الحيلولة تثبت اذا ادعت ان شاهدها الآخر

حاضر احتياطا لامر الفرج وقد بينا هـذا فيما أمليناه من شرح الجامع وان أقام شاهدين حيل بينه وبين مولاه حتى ينظر فى أمر الشاهدين وهـذا اذا كان مولاه فاسقاً أومخوفا عليه على مافسرناه في الجامع والمعنى فيه ان الحجة هنا تمت من حيث الظاهر حتى لو قضى القاضى بشهادتهما قبل ان تظهر عدالتهما نفذ قضاؤه فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا أقام شاهداً واحداً فاذا شهد شاهد أنه أعتق عبداً له وشهد آخر انه وهبه لنفسه فهذا باطل لانهما اختلفا في المشهود به لفظا فان الهبـة غير العتق وضعا لان الهبة تمليـك والاعتاق احداث القوة أو ابطال الملك واختلافهما في المشهود به لفظا يمنع قبول الشهادة وان شهدا جميعاً انه وهب عبده لنفسه فالعبد حر لانه ملكه نفسه ومن ملك نفسه يعتق كالمراغم وقد يجوز ان تكون الهبة اعتاقا كما لو شهدوا انه وهبه من قريبه وسلمه اليه فانه يقضى بعتقه وقد بينا فيما سـبق أنه اذا قال لم أنوبه العتق لايصدق فى القضاء واذا قال له أنت حران فعلت كذا وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصـلاة ودخول الدار ونحوه فقال العبـد قد فعلت لا يصـدق الا أن يقيم البينة أو يقر المولى لان العتق المعلق بالشرط انما يتنجز عند وجود الشرط فالعبـد بدعواه وجود الشرط يدعى تنجيز العتق فيـه وهو غير مصدق فى ذلك الا بحجة بخـلاف قوله ان كنت تحبـنى أوتبغضنى لان ذلك لايوقف عليـه الامن جهته فوجب قبول قوله فى ذلك مادام في مجلسه ﴿فان قيل﴾ فالصوم كذلك لانه بينه وبين ربه لا يقف عليه غيره ﴿قلنا﴾ لا كذلك فان ركن الصوم هو الكف وذلك أمر ظاهر يقف عليـه الناس بوقوفهم علي ضده وهو الاكل ولو قال لرجل أعتق أى عبيدى شئت فأعتقهم جميعاً لم يعتق منهم الا واحـد والأمر فى بيانه الى المولى بخلاف مالو قال أيكم شاء العتق فهو حر فشاؤا جميعاً عتقوا لان كلمة أى فيها معـنى العموم والخصوص من حيث انها تتناول كل واحـد من المخاطبين على الانفراد فاذا أضاف المشيئة بها الى خاص ترجح جانب الخصوص فـلا يتناول الا واحداً منهم واذا أضاف المشيئة بها الى عام يترجح جانب العموم ولان هـذه الكلمة انما توجب التعميم فيمن دخل تحتها دون من لم يدخل والداخل تحت هذه الكلمة العبيد دون المخاطب بالمشيئة واذا قال شئت فلا يكون شرط العتق الا مشيئة واحدة وبالمشيئة الواحدة منه لايعتق الا عبد واحد فاما في قوله شاء انما أضاف المشيئة الى العبيد وكلمة أى اقتضت التعميم في العبيد فصارت مشيئة كل واحد منهم شرطا لعتقه فلهذا عتقوا

ثم البيان الي المولي دون المخاطب بالمشيئة لان مافوض اليه قد انتهي بوجود المشيئة منه بقي العتق واقعا على أحدهم بغير عينه بايقاع المولى فالبيان اليه ولو قال أيكم دخل الدار فهو حر فدخلوا عتقوا لان الشرط دخول من دخل تحت كلمة أي وكذلك لو قال أيكم بشرني بكذا فهو حر فبشروه معا عتقوا لان الشرط وجود البشارة ممن دخل تحت كلمة أي فيتعمم بتعميمه وان قال عنيت واحداً منهم لم يدين في القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوي التخصيص في اللفظ العام وان بشره واحد بعد واحد فالاول هو البشير ولا يعتق غيره وقد بينا هذا في كتاب الطلاق أن البشارة اسم لخبر سار صدق غاب عن المخبر علمه واذا قال لآخر أخبر عبدي بعتقه أو انه حر أو بشره بعتقه فهو حر ساعة تكلم به المولى أخبر العبد به أولم يخبر لان الباء للالصاق وانما يتحقق الصاق الاخبار بعتق موجود منه لا معدوم ولانه لوأخبره بنفسه بأن قال أنت حر تضمن ذلك تنجيز العتق من جهته حتي يكون خبره حقا فكذلك ان أمر غيره حتي يخبره به ويصير كأنه قال أعتقته فبشره بذلك أو أخبره فيعتق سواء أخبره أو لم يخبره واذا قال لعبد له يا سالم أنت حر وهو يعني انسانا بين يديه غير سالم فان سالم حر لانه اتبع الايقاع النداء فانما يتناول المنادى واذا قال أول عبد يدخل عليّ من عبيدي فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم أدخل عليه عبد حي فانه يعتق الحي قال لانه هو الاول ولا يحتسب بالميت ولا يكون الميت أولا وآخراً ومعني هذا أن الادخال عليه للاكرام اوالاهانة ولا يتحقق ذلك في الميت فيصير الحياة ثابتاً بمقتضى كلامه وكانه قال أول عبد حي من عبيدي ولانه جازاه بالحرية وانما يجازي به الحي دون الميت لان الميت ليس بمحل لايجاب العتق فيه والثابت بمقتضي الكلام كالثابت بالنص وان أدخل عليه عبدان حيان جميعا معا لم يعتق واحد منهما لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه فيه غيره ولم يتصف واحد منهما بالفردية عند الادخال عليه فان أدخل بعدهما عبد آخر لم يعتق لانه وان اتصف بالفردية فلم يتصف بالسبق فقد تقدمه عبدان ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فملك عبدين معاً لم يعتق واحد منهما لانه لم يتصف واحد منهما بالفردية عند دخوله في ملكه وان ملك بعدهما آخر لم يعتق أيضاً لانه لم يتصف بالسبق ولو قال آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبدين ثم عبداً ثم مات المولى عتق الثالث لان الآخر اسم لفرد متأخر وقد اتصف به الثالث حين لم يملك غيره حتى مات ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعتق

من جميع المال اذا كان تملكه فى الصحة لان صفة الآخرية ثابت له من حين تملكه فيتبين أنه عتق من ذلك الوقت وعندهما يعتق من الثلث لان نزول العتق عندهما وقت الموت لتحقق الشرط فيه في هذه الحالة وقد بينا هذا فى الطلاق ولو قال آخر عبد أملكه فهو حر فاشترى عبداً ثم لم يملك غيره حتي مات لم يعتق لان هذا أول وصفة الاولية والآخرية لايجتمع فى شخص واحد من المخلوقين وان اشترى عبدين بعده ثم مات لم يعتق واحد منهم لان الاول ما اتصف بالآخرية ليكون آخراً والعبدان لم يتصف واحد منهما بالفردية فلا يكون واحد منهما آخراً ولو قال لامة لم يملكها انت حرة من مالى فهذا باطل لان تنجيز العتق لايصح الا بعد وجود الملك في المحل ولم يوجد بخلاف قوله اذا ملكتك لان بذلك اللفظ لا يصير مضيفا للعتق الى الملك ولا الى سببه وهو فضل من الكلام لان العتق من جهته لايكون الا من ماله فلا يخرج به كلامه من أن يكون تنجيزاً ولو قال اذا اشتريتك فانت حرة أو ان جامعتك فانت حرة فاشتراها وتسراها أو جامعها لم تعتق الا على قول زفر فانه يقول التسرى والجماع لا يحل الا فى الملك فكان هذا فى معني اضافة العتق الى الملك بمنزلة قوله ان اشتريتك ولكنا نقول الجماع يتحقق فى غير الملك فكذلك التسرى فانه عبارة عن التحصين والمنع من الخروج وهو ليس بسبب للملك فلا يتحقق به اضافة العتق الى الملك صورة ولا معني فهو بمنزلة قوله اذا كلمتك فانت حرة بخلاف الشراء فانه سبب للملك وكذلك لو قال كل جارية اتسرى بها فهى حرة فاشترى جارية بعد يمينه وتسراها لم تعتق ولو تسرى جارية كانت مملوكة له وقت يمينه عتقت لان الايجاب فى حقها يصح لوجود الملك في المحل وقت الايجاب بمنزلة قوله كل جارية أملكها فهى حرة ثم تسري فالشرط عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ان يبوأها بيتا ويحصنها ويجامعها وطلب الولد ليس بشرط وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالي لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا للعادة الظاهرة ان الناس يطلبون الأولاد من السرارى وفى الايمان يعتبر العرف وهما يقولان ليس فى لفظه مايدل على طلب الولد لان التسرى اما ان يكون مأخوذاً من التسرر كالتقضى وذلك الاخفاء أو يكون مأخوذاً من السرار ومعناه التحصين والمنع من الخروج أو يكون مأخوذا من السر الذى هو الجماع كما قال تعالى ولكن لاتواعدوهن سراً فاذا لم يكن فيها ماينبيء عن طلب الولد لا يشترط فيه ذلك من غير لفظ وكيف يشترط ذلك وبحصول الولد تخرج

من ان تكون سرية لانها تصير أم ولد له فطلبه يخرجه حقيقة من أن تكون سرية فلا يمكن أن يجعل شرطا لتحقيق التسرى ولو وطئ جارية فعلقت منه لم تعتق لان التسري بالتحصين والمنع من الخروج ولم يوجد وان قال لعبديه ايكما أكل هذا الرغيف فهو حر فأكلاه جميعاً لم يعتق واحد منهما لان الشرط أكل الواحد لجميع الرغيف ولم يوجد وان أقام احدهما البينة أنه أكله فأعتقه القاضي ثم أقام الآخر البينة أنه هو الذي أكله لم يعتقه القاضي لانه جعل الاول آكلا فلا يتصور بعده كون الثانى آكلا له اذا الرغيف الواحد لا يتكرر فيه فعل الاكل وهذه البينة انما تقوم لابطال القضاء الاول والبينة لا بطال القضاء لا تقبل توضيحه إنا نتيقن بكذب أحد الفريقين وقد ترجح معنى الصدق فى شهادة الفريق الاول بالقضاء فتعين معنى الكذب فى شهادة الفريق الثاني وان جاءت البينتان معاً لم يعتق واحد منهما لان القاضى يتيقن بكذب أحد الفريقين ولا يعرف الصادق من الكاذب واذا كانت تهمة الكذب تمنع القضاء بالشهادة فالتيقن بالكذب أولى وعلى هذا لو شهد شاهدان أنه أعتق عبده سالما يوم النحر بمكة فأعتقه القاضى ثم شهد آخران أنه أعتق سريعا يوم النحر بالكوفة لم تجز شهادتهما وان جاءت البينتان معاً لم تقبل واحدة منهما وهذا والاول سواء وان ردهما ثم ماتت احدى البينتين فأعاد الآخر بينته تلك لم يقبل القاضى شهادتهم لانه قد ردها للتهمة فلا يقبلها أبداً كما لو رد شهادة الفاسق ثم تاب فأعادها وان لم تمت واحدة من البينتين حتي جاء أحد الغلامين بشاهدين آخرين يشهدان على ما شهدت به البينة الاولى وجاء الآخر بشهوده الذين كانوا شهدوا فان القاضى يجيز شهادة الآخرين اللذين لم يكونا شهدا عنده لان شهادة الفريقين الاولين قد بطلت للتعارض وصارت كالمعدومة وانما بقى شهادة الفريق الثانى لاحدهما ولا معارض له فثبت المشهود به بشهادتهما ولا يعتبر بما اعاده العبد الثانى لان تلك شهادة حكم ببطلانها وكما لا تقوم حجة القضاء بمثل هذه الشهادة فكذلك المعارضة لا تثبت بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب عتق العبد بين الشركاء

اكثر مسائل هذا الباب تنبنى على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى فان العتق عنده

يتجزى حتى ان من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقى ان شاء أعتقه وان شاء استسعاه فى النصف الباقى فى نصف قيمته وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب وعند أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالى يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك وفى الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضا رضى الله عنه والمعنى فيه ان العتق اسقاط للرق والرق لايتجزى ابتداء وبقاء فاسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضا كما ان الحل لما كان لايتجزى ابتداء وبقاء فابطاله بالطلاق لايتجزى وبيانه ان فعله اعتاق فلا يتحقق الا بانفعال العتق فى المحل وبعد انفعال العتق فى بعض الشخص لو بقى الرق فى شيء منه كان فى ذلك تجزى الرق في محل واحد وذلك لايجوز فان الذي ينبنى على العتق من الأحكام يضاد أحكام الرق من تكميل الحدود والاهلية للشهادات والارث والولايات ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد ولان اتصال أحد النصفين بالآخر أقوى من اتصال الجنين بالام لان ذلك بعرض الفصل ثم اعتاق الام يوجب عتق الجنين لامحالة فاعتاق أحد النصفين لان يوجب عتق النصف الآخر أولى ولان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يحتمل الوصف بالتجزى فى محل واحد فحقيقة العتق أولى واستدل أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحديث سالم عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصاً له فى عبد فان كان موسراً فعليه خلاصه والا فقد عتق ما عتق ورق ما رق وقال علي رضى الله عنه يعتق الرجل من عبده ما شاء وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم فهو حر كله سيصير حرا كله باخراج الباقى الى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيانا أنه لايستدام الرق فيما بقى منه وهو مذهبنا ولأن هذا ازالة ملك اليمين فيتجزء فى المحل كالبيع وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق فالرق اسم لضعف ثابت فى أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة الا أن بقاء ملكه لا يكون الا ببقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون حيا الا باعتبار صفة الحياة في المحل فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له فاذا ثبت أنه يملك المالية وملك المالية يحتمل التجزى فانما يزول بقدر ما يزيله ولهذا لا يعتق شيء منه باعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى حتي كان معتق البعض كالمكاتب الا في حكم واحد وهو أن المكاتب اذا عجز يرد فى الرق لان السبب هناك عقد محتمل للفسخ وهذا اذا عجز عن السعاية لا يرد فى الرق لان

سببه ازالة ملك لا الى أحد وهو لايحتمل الفسخ وانما يسمى فعله اعتاقا مجازاً على معنى أنه اذا
تم ازالة الملك بطريق الاسقاط يعقبه العتق الذى هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل
ملاقيا للرق كالقاتل فعله لايحل الروح وانما يحل البنية ثم بنقض البنية تزهق الروح فيكون
فعله قتلا من هذا الوجه ولئن كان فعله اعتاقا فالعتق الذى ينبني على الاعتاق لايتجزى
والاعتاق في نفسه متجز حتى يتصور من جماعة في محل واحد فالعتق للبعض انما يوجد
شطر العلة فيتوقف عتق المحل الي تكميله وهو نظير اباحة أداء الصلاة تنبني على غسل
أعضاء هي متجزئة فى نفسها حتى يكون غسل بعض الاعضاء مطهراً ثم يتوقف اباحة أداء
الصلاة على اكمال العدد وحرمة المحل لاتتجزى وان كان ينبني على طلقات هى متجزئة حتى
كان الموقع للتطليقة والتطليقتين مطلقا ويتوقف ثبوت الحرمة على كمال العدد فهنا أيضا
نزول العتق فى المحل يتوقف على تمام العلة باعتاق مابقي وان كان معتق البعض معتقاً لان
الاعتاق يقتضي انفعال العتق كما قال ولكن لايقتضى الاتصال بالاعتاق بل يثبت استحقاق
الاعتاق ويتأخر ثبوته فى المحل الى اكمال العلة فأما الاسترقاق فقد قيل يحتمل الوصف
بالتجزى حتى لو فتح الامام بلدة ورأى الصواب في أن يسترق أنصافهم صح ذلك منه
والاصح أنه لايتجزى لان سببه وهو القهر لايتجزى اذ لايتصور قهر نصف الشخص دون
النصف والحكم ينبنى على السبب وكذلك الاستيلاد سببه لايتجزي وهو نسب الولد فأما
عتق الجنين عند اعتاق الام ليس لاجل الاتصال ألا ترى أن اعتاق الجنين لايوجب اعتاق
الام والاتصال موجود ولكن الجنين فى حكم جزء من أجزائها كيدها ورجلها وثبوت
الحكم فى التبع ثبوته فى المتبوع وأحد النصفين ليس بتبع للنصف الباقى فلهذا لم يكن
إعتاق أحد النصفين موجبا للعتق في النصف الباقى فان كان العبد بين رجلين فاعتق
احدهما نصيبه جاز ثم ان كان المعتق موسراً فللساكت ثلاث خيارات فى قول
أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد في قيمة نصيبه فاذا
ادى السعاية اليه عتق والولاء بينهما وان شاء ضمن المعتق نصف قيمته ثم يرجع المعتق
على العبد والولاء كله له وان كان المعتق معسراً فللساكت خياران ان شاء اعتق وان شاء
استسعي وليس له حق تضمين الشريك الا على قول بشر المريسى والقياس فيه أحد الشيئين
اما وجوب الضمان على المعتق موسراً كان أو معسراً لانه باعتاق نصيبه يفسد على الشريك

نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف فى نصيبه وضمان الافساد لايختلف باليسار والعسرة أو القياس أن لايجب على المعتق ضمان بحال لانه متصرف فى نصيب نفسه والمتصرف فى ملكه لايكون متعديا ولايلزمه الضمان وان تعدي ضرر تصرفه الى ملك غيره كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد فى أرضه فاحترق شئ من ملك جاره ولكنا تركنا القياسين للآثار فمنه ماروي عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الرجل يعتق نصيبه فى المملوك ان كان غنيا ضمن وان كان فقيراً يسعي فى حصة الآخر وهكذاروي عروة عن عائشة وعمر بن شعيب عن أبيه عن ابن مسعود رضوان الله عليهم ان رجلين من جهينة كان بينهما عبد فأعتقه احدهما فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فضمنه نصيب صاحبه وحبسه حتى باع غنيمة له في ذلك وذكر الحسن عن عمر رضي الله عنه في العبد بين اثنين يعتقه احدهما انه يضمن نصيب صاحبه ان كان غنياً وان كان فقيراً يسعي العبد فى النصف لصاحبه وعن ابراهيم عن الاسود بن يزيد أنه أعتق عبداً له ولاخوة له صغار فذكر ذلك لعمر رضي الله عنه فقال يستأنى بالصغار حتى يدركوا فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا أخذوا القيمة فلهذه الآثار قلنا بوجوب الضمان في حالة اليسار دون العسرة ولكن المعتبر يسار اليسر لا يسار الغنى حتى اذا كان له من المال قدر قيمة المملوك فهو ضامن وان كانت تحل له الصدقة هكذا ذكره فى حديث نافع عن ابن عمر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال قوم عليه نصيب شريكه ان كان له من المال مايبلغ ذلك ولانه قصد التقرب والصلة باعتاق نصيبه وتمام ذلك بعتق مابقي فاذا كان متمكنا من اتمامه بملكه مقدار مايؤديه الى شريكه كان عليه ذلك ولان اختلاف هذا الضمان باليسار والاعسار لتحقيق معني النظر للشريك فانه اذا استسعي العبد يتأخر وصول حقه اليه واذا ضمن شريكه يتوصل الى مالية نصيبه فى الحال وانما يكون هذا اذا كان موسراً له من المال مايبلغ قيمة نصيب شريكه ثم على قول أبي يوسف ومحمد لاخيار للساكت وانما له تضمين الشريك ان كان موسراً واستسعاء العبد ان كان معسراً أخذاً بظاهر الحديث وبناء على أصلهما ان العتق لا يتجزى ولهذا كان الولاء عندهما كله للمعتق فى الوجهين جميعاً وهوقول ابن أبي ليلى الا في حرف واحد يقول اذا سعي العبد رجع به على المعتق اذا أيسر لانه هو الذي الزمه ذلك

بفعله وقاس بالعبد المرهون اذا أعتقه الراهن وهو معسر فسعى العبد فى الدين رجع به على الراهن اذا أيسر ولكنا نقول اذا كانت عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك يمنع وجوب الضمان عليه للعبد وانما يسعى العبد في بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فانه ليس فى بدل رقبته بل فى الدين الذي هو ثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه فأما عند الشافعي رحمه الله تعالى ان كان المعتق موسرا يعتق كله وهو ضامن لنصيب شريكه وان كان معسراً فللشريك أن يستديم الرق فى نصيبه ويتصرف فيه بما شاء وقال لاأعرف السعاية على العبد ووجه قوله ان عسرة العبد أظهر من عسرة المعتق لانه ليس من أهل ملك المال فاذا لم يجب الضمان على المعتق لعسرته فكذلك لايجب على العبد بل أولى لان المعتق معسر جانٍ والعبد معسر غير جانٍ وهذا لو لزمه السعاية انما تلزمه فى بدل رقبته وليس للمولى ولاية الزامه المال بدلا عن رقبته فى ذمته كالو كاتبه بغير رضاه فلأن لايكون ذلك لغير المالك أولى ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك حديث بشر بن نهيك عن أبي هريرة رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره قوّم عليه نصيب شريكه ان كان موسراً قيمة عدل والا يستسعى العبد فى نصيبه غير مستغرق عليه والمعنى فيه أن نصيب الشريك مال متقوّم وقد احتبس عند العبد لما قلنا أن بعد اعتاق البعض يمتنع استدامة الملك فيما بقى لوجوب تكميل العتق والدليل عليه حالة اليسار فان حكم المحل لا يختلف بيسار المعتق وعسرته ومن احتبس ملك الغير عنده يكون ضامنا له موسراً كان أو معسراً وجد منه الصنع أو لم يوجد كما لو هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ انسان فانصبغ كان لصاحب الصبغ أن يرجع عليه بقيمة صبغه اذا اختار صاحب الثوب امساك الثوب وكذلك اذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة يضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً لاحتباس نصيب الشريك عنده فكذلك هنا يجب على العبد السعاية فى نصيب الشريك وان كان معسراً لاحتباس نصيب الشريك عنده وهذا بخلاف بدل الكتابة لان وجوبه بعقد التراضى ووجوب السعاية من طريق الحكم للاحتباس وذلك متقرر وان لم يرض به العبد فأما بيان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فنقول عنده العتق يتجزى فانما عتق نصيب المعتق فقط وبقي نصيب الآخر على ملكه فله أن يعتقه كما كان له أن

يعتقه قبل ذلك فاذا أعتقه كان الولاء بينهما كما لو أعتقاه معاً وله أن يستسعى العبد فى نصيبه لان نصيبه احتبس عند العبد حين تعذر استدامة الملك فيه واذا استسعاه فأدى السعاية عتق والولاء بينهما لان نصيبه عتق من جهته وله ان يضمن شريكه ان كان موسراً لانه مفسد عليه نصيبه لما تعذر عليه استدامة الملك باعتاق نصيبه ثم بالتضمين يصير مملكا نصيبه من شريكه فيلتحق بما لو كان العبد كله له فأعتق نصفه حتى يتخير فى النصف الباقى بين أن يعتقه وأن يستسعيه ولانه بالتضمين يقيم المعتق فى نصيبه مقام نفسه وقد كان له الخيار بين ان يعتقه أو يستسعيه فيثبت ذلك للمعتق بعد اداء الضمان فلهذا قال يرجع على العبد بما ضمن والولاء كله له لانه عتق من جهته وان أعتق احدهما نصيب شريكه منه لم يعتق لان ملك الغير ليس بمحل للعتق فى حقه والسراية عندهما انما تكون بعد مصادفة العتق محله واذا لم يصادف محله كان لغواً ولو دبر احدهما نصيبه وهو موسر فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى التدبير يتجزى لان موجبه حق الحرية فيكون معتبراً بحقيقة الحرية فيبقى بعد تدبير المدبر نصيب الآخر على ملكه فينفذ عتقه فيه وللمدبر الخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه مدبراً وان شاء استسعى العبد في ذلك لانه تمكن نقصان فى نصيبه بالتدبير لانه وأن امتنع البيع ولكنه كان متمكنا من استدامة الملك الى موته وانما تعذر عليه ذلك بأعتاق الشريك فيضمنه ان كان موسراً وانما يضمنه مدبراً لانه أفسده وهو منقوص بنقصان التدبير ولم يرجع المعتق على العبد بما ضمن باعتبار أنه يقوم مقام من ضمنه وقد كان للمدبر ان يستسعى العبد في قيمة نصيبه مدبراً وأى ذلك فعل فالولاء بينهما هنا لانه بالتدبير استحق ولاء نصيبه فلا يبطل ذلك وان ضمن شريكه بخلاف القن وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حين دبره الاول صار الكل مدبراً له لان التدبير عندهما لا يتجزي كالعتق ويضمن قيمة نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً لانه صار متملكا على شريكه نصيبه وضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار ثم إعتاق الثانى باطل لانه أعتق مالا يملكه وان كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم ثم أعتقه الثانى وهما موسران فجواب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى هذا والاول سواء لانه حين دبره احدهم صار الكل مدبراً له وهو ضامن ثلثى قيمته لشريكيه موسراً كان أو معسراً وان كان العبد بين ثلاثة دبره أحدهم وأعتقه الآخر فالاعتاق من الثاني بعد ذلك لغو وأما عند

أبي حنيفة رحمه الله تعالى تدبير المدبر يقتصر على نصيبه والاعتاق من الثاني صحيح لمصادفته المحل ثم للساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته ان كان موسراً وليس له أن يضمن المعتق لأن بالتدبير السابق صار نصيبه بحيث لايحتمل النقل الا الى المدبر بالضمان فلو أثبت له حق تضمين المعتق انتقل نصيبه الى المعتق بالضمان وذلك ممتنع بالتدبير السابق فلهذا يضمن المدبر دون المعتق وان شاء استسعى العبد في ثلث قيمته وان شاء أعتقه واذا ضمن المدبر فللمدبر ان يرجع بذلك على العبد فيسعى له فيه وللمدبر أيضا ان يضمن الذي أعتق ثلث قيمته مدبراً لانه تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه باعتاق المعتق فكان له ان يضمنه ثلث قيمته مدبراً وليس له أن يضمن المعتق ما أدى الى الساكت من قيمة نصيبه لان الساكت لم يكن متمكنا من تضمين المعتق فكذلك من يقوم مقامه ولان صنعه وهو الاعتاق وجد قبل ان يتملك المدبر نصيب الساكت فلهذا لايضمنه قيمة هذا الثلث ويكون الولاء بين المدبر والمعتق أثلاثاً ثلثاه المدبر وثلثه المعتق واذا كان العبد بين اثنين فشهد كل واحد منهما على صاحبه انه أعتقه وصاحبه منكر ذلك فالعبد يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً في قول أبي حنيفة والولاء بينهما نصفان فأما فساد رق العبد فلاتفاقهما على ذلك وهما يملكانه بطريق الانشاء ثم يسار المعتق عنده لايمنع وجوب السعاية على العبد فكل واحد منهما بشهادته على شريكه يدعي السعاية لنفسه في قيمة نصيبه على العبد ويدعي الضمان علي شريكه الا أن الضمان لم يثبت لانكار الشريك فتبقى السعاية لكل واحد منهما على العبد وعند الاداء يعتق نصيب كل واحدمنهما من جهته فكان الولاء بينهما وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله ان كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه لانهما تصادقا على حريته وكل واحد منهما يتبرأ من جهة السعاية ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق عندهما يمنع وجوب السعاية عليه وما أدعى كل واحد منهما من الضمان على شريكه لم يثبت لانكار شريكه وان كانا معسرين يسعى العبد في قيمته بينهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية هنا فانه يقول شريكي معتق وهو معسر وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى الموسر منهما في نصف قيمته ولم يسع للمعسر في شئ لان الموسر يدعي السعاية فانه يقول شريكي معتق وهو معسر فلي استسعاء العبد في قيمة نصيبي وأما المعسر يتبري من السعاية ويقول شريكي معتق وهو موسر فحق

في

في الضمان قبله فلا يكون له أن يستسعى العبد بالتبرى منه ولا يجب الضمان له على شريكه بجحوده والولاء في جميع ذلك موقوف عندهما لان كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه فان الولاء للمعتق وكل واحد منهما يزعم أن صاحبه هو المعتق فلهذا توقف الولاء واذا أعتق أحد الشريكين العبد واختار الآخر تضمينه فاختلفا فى قيمته يوم أعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضي يقوم للحال لان العتق حادث فيحال بحدوثه على أقرب أوقات ظهوره ووجوب الضمان بالافساد أو الاتلاف فيكون المعتبر قيمته وقت تقرر السبب وذلك عند ظهور العتق فلهذا يقوم في الحال وكذلك ان أراد أن يستسعى العبد ألا ترى أن له أن يعتق نصيبه الساعة فكذلك له أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه الساعة ولو تصادقا انه أعتقه قبل هذا كان عليه نصف القيمة يوم أعتقه حتى إذا انتقصت قيمته بزيادة السن فانه لا تعتبر الزيادة والنقصان لان السبب الموجب للضمان على الشريك هو العتق فينظر الى قيمته عند ذلك كما فى المغصوب تعتبر قيمته يوم الغصب وان اختلفا في قيمته فى ذلك الوقت فالقول قول المعتق لان القيمة عليه فكان القول قوله فى مقداره كما في المغصوب وهذا لأن الشريك يدعى عليه الزيادة وهو منكر وهذا بخلاف الشفعة فان المشتري لو أحرق البناء كان للشفيع أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن فى قسمة الثمن وينظر الى قيمة الارض في الحال ويكون القول فى قيمة البناء قول المشتري لان الشفيع هناك يتملك على المشتري العرصة فهو يدعى لنفسه على المشترى حق التملك بأقل المالين والمشترى ينكر ذلك وهنا الساكت يملك المعتق نصيبه بالضمان فهو يدعى عليه حق التمليك فيه بأكثر المالين والمعتق منكر لذلك فان مات الذى لم يعتق قبل أن يختار شيئاً كان لورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس فى هذا توريث الخيار بل المعني الذى لاجله كان الخيار ثابتا للمورث موجود فى حق الورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه بأداء الضمان اليهم يتملك نصيبهم كما كان يتملك بالاداء الي المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لا تورث عينه وان كان يورث ما عليه من المال فانما عتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء

لا يورث وان اختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ناله قام مقام الميت وهذا لان الملك بالارث يثبت حكما فيكون بمنزلة الملك بالضمان فكما أن نصيب الساكت يحتمل التمليك بالضمان من المعتق فكذلك يحتمل الانتقال الى الورثة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس لهم ذلك الا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء وهذا هو الاصح لانه صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم أنه لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلف المورث يقومون مقامه وليس للمورث أن يختار التضمين فى البعض والسعاية في البعض فكذلك لا يكون للورثة ذلك وفرع على تلك الرواية وقال لو أعتق أحد الورثة نصيبه لا يعتق ما لم يجتمعوا على اعتاقه بمنزلة المكاتب يعتقه أحد الورثة بعد موت المورث لا يعتق ولا يسقط به شئ من بدل الكتابة فهذا كذلك ولو لم يمت الساكت ولكن العبد مات قبل أن يختار الشريك شيئا فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروي أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد ووجهه أن نصيبه باق على ملكه والضمان غير متقرر على الشريك مالم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه باختياره بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين متعلق بشرط وهو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان ذلك بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع المغصوب منه من تضمين الغاصب وان كان التمليك منه من حكم ذلك الزمان فكذلك هنا وهذا لانه لما كان يضمنه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك فذلك الحكم لا يبطل بموته وان خرج به من أن يكون محتملا للتمليك في الحال فاذا ضمن المعتق رجع بما ضمن فى تركة الغلام لان فى حال حياته كان له أن يستسعيه فيما ضمن فاذا مات كان له أن يرجع به فى تركته وان كان معسرا رجع الشريك بقيمة نصيبه فى تركة الغلام لان السعاية له عليه مستحقة كبدل الكتابة فيستوفيه من تركته بعد موته وان كان العبد ترك مالا قد اكتسب بعضه قبل العتق وبعضه بعد العتق فما اكتسب قبل العتق بين المولين نصفان لانه كان على ملكهما حين اكتسب هذا المال والكسب لمالك

الاصل وما اكتسب بعد العتق فهو تركة العبد لانه اكتسبه فيكون ذلك له يرجع فيه الساكت أو المعتق اذا ضمن وما بقي فهو ميراث للمعتق لانه بالضمان ملك نصيب صاحبه فكان الولاء في الكل له وان اختلفا فيه فقال أحدهما هذا مما اكتسبه قبل العتق وهو بيننا وقال الآخر اكتسب بعده فهو بمنزلة ما اكتسب بعده لان الكسب حادث فيحال بحدوثه الى أقرب الاوقات ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً لا يصدق الا بحجة وان اختلفا في قيمته والمعتق موسر فالقول قول المعتق لان العبد ميت لا يمكن تقويمه في الحال ليستدل بذلك على قيمته فيما مضي فيتعين ظاهر الدعوى والانكار والساكت يدعى لنفسه زيادة والمعتق منكر لذلك فان كان المعتق معسراً ولا كسب للعبد فنصف القيمة دين للساكت على العبد ان ظهر له مال يستوفى منه وان لم يظهر فليس هذا بأول مدين هلك مفلسا وان كان العبد حياً فصالحه الساكت على أقل من نصف قيمته فهو جائز لانه استوجب عليه نصف قيمته فهو بالصلح أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك يستقيم كما في الكتابة وان صالحه على أكثر من نصف قيمته بذهب او ورق فالفضل باطل أما عندهما فلان الواجب له نصف القيمة شرعا فالصلح على أكثر من جنسه يكون ربا وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان بقي له الملك في نصيبه ولكن العبد استحق العتق عند أداء نصف القيمة شرعا فلا يملك ابطال ذلك الاستحقاق بالصلح على أكثر منه وكذلك ان صالح المعتق على أكثر من نصف القيمة فالفضل مردود لان حقه قبل العتق يتقدر بنصف القيمة فالصلح على أكثر منه يكون ربا ثم هذا على أصلهما ظاهر فان الصلح على المغصوب الهالك على أكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذلك هنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يفرق ويقول هناك المغصوب باق على ملك المغصوب منه ولم يستحق عليه تمليكه من الغاصب حتى ان له أن يبرئه من الضمان ليبقى هالكا على ملكه فاذا صالحه على أكثر من قيمته كان بدل الصلح بمقابلة ملكه وليس فيه ابطال حق مستحق شرعاً فلا يتمكن فيه الربا وهنا الساكت غير متمكن من استبقاء نصيبه على ملكه ولكن يستحق عليه ازالته عن ملكه بنصف القيمة اما سعاية على العبد أو ضمانا يستوفيه من الشريك فاذا صالح على أكثر منه كان في هذا الصلح ابطال حق مستحق شرعا توضيحه ان المعتق يرجع على العبد بما يضمن فلو صححنا هذا الصلح رجع على العبد بالزيادة وكما ليس للساكت أن يلزم العبد أكثر من نصف القيمة بالصلح فكذلك لا يكون له ان يلزم من يرجع على العبد وان صالحه على

عروض أكثر من نصف قيمته فهو جائز لانه لايتمكن فيه الربا لاختلاف الجنس بخلاف ماإذا صالح على الذهب أو الورق وانما لايجوز هناك أيضاً اذا كانت الزيادة بقدر مالايتغابن الناس فيه فأما مقدار مايتغابن الناس فيه عفو لان ذلك يدخل تحت تقويم المقومين فلا يتيقن بالزيادة ﴿ قال ﴾ وان صالح العبد على شئ من الحيوان الى أجل فهو جائز بمنزلة الكتابة قال عيسى هذا غلط فانه استحق السعاية على العبد وهو نصف القيمة فاذا صالح على حيوان كان ذلك بدلا عن نصف القيمة المستحق له ولا يثبت الحيوان دينا فى الذمة بدلا عن ماهو مال ألا ترى أنه لوصالح المعتق علي حيوان في الذمة لايجوز فكذلك اذا صالح العبد وما ذكره فى الكتاب أصح لان نصيب الساكت باق على ملكه فاذا صالح على حيوان الى أجل فكأنه كاتبه عليه وهذا لانه ليس في هذا الصلح ابطال حق مستحق للعبد بخلاف ماإذا صالحه على أكثر من نصف قيمته وبخلاف ماإذا صالح المعتق على الحيوان لان هناك يملك نصيبه بما يصح العتق عليه والحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عن العتق واذا أعتقه احدهما وهو معسر ثم أيسر فلا ضمان عليه لان صفة اليسار فى العتق تعتبر لايجاب الضمان فاذا انعدم وقت الاعتاق تقرر العتق غير موجب للضمان فلا يصير موجباً بعد ذلك كمن قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات وان قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل أعتقت وأنت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال أو لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فاذا كان فى الحال موسراً فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى وان كان معسراً فى الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى وهو كشرب الرحا مع المستأجر اذا اختلفا فى جريان الماء فى المدة يحكم الحال فان تصادقا على أن العتق كان سابقا منه في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق فى انكار يساره ولانه ينكر المعنى الموجب للضمان فهو كانكاره أصل الاعتاق ﴿ قال ﴾ وان كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى انه لو قضي القاضي له بالضمان أو رضى به المعتق فليس له ان يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله ذلك قيل ماذكره فى الكتاب مطلقاً محمولا على ذلك التفصيل وقيل بل المسألة على روايتين وجه ظاهر الرواية ان المخير بين الشيئين اذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين

أحدهما وهذا لانه باختياره التضمين يصير مملكا نصيبه من المعتق حتي يكون ولاؤه له والولاء لايحتمل الفسخ فلا يمكنه الرجوع عنه بعد ذلك ومن ضرورة تمليكه منه اسقاط حقه في السعاية قبل العبد ووجه رواية محمد رحمهما الله تعالى ان التمليك منه لايتم الا بالقضاء أوالرضا وان كان ذلك مستحقا شرعا كالتمليك بالاخذ بالشفعة وحقه في الضمان لايتقرر ما لم يتم التمليك وسقوط حقه في الاستسعاء بناء على تقرر حقه في الضمان وكان أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى يقول هكذا ينبغي في الغاصب وغاصب الغاصب أنه اذا اختار تضمين أحدهما فقبل القضاء أو الرضا ممن اختار ضمانه يكون له أن يرجع فيضمنه الآخر فاما اذا اختار استسعاء العبد فليس له أن يضمن الشريك بعد ذلك لانه ليس فيه تمليك من أحد بل فيه تقرير لملكه وابراء للمعتق عن الضمان وذلك يتم به كما لو أذن له في أن يعتق نصيبه ولو ان المعتق رجع على العبد بمالزمه من الضمان ثم أحال الساكت عليه ووكله بقبض السعاية منه اقتضاء من حقه كان جائزاً والولاية للمعتق لانه بمنزلة المكاتب للمعتق والمولى اذا أحال غريما له بدينه على مكاتبه ليقبضه من بدل الكتابة كان صحيحاً وكان صاحب الدين بمنزلة الوكيل يقبض له أولا ثم لنفسه وان لم يختر شيئاً حتي جرحه انسان كان الارش عليه للعبد لانه بمنزلة المكاتب لما عليه من السعاية اما للساكت أو للمعتق ومن جنى على مكاتبه أو على مكاتب غيره فعليه الارش يقبضه فيستعين به في سعايته ولاتكون جنايته اختياراً منه للسعاية لان موجب جنايته لايختلف بالاستسعاء أو تضمين الشريك فليس فيه ما يدل علي اختيار السعاية وكذلك لواغتصب منه مالا فيه وفاء بنصف قيمته أو أقرض العبد أو بايعه كان ذلك عليه للعبد لانه بمنزلة المكاتب له أو لغيره وهو على خياره لان موجب هذه المعاملة لايختلف بالاستسعاء والتضمين ولو أعتق جزءاً من عبده أو شقصا منه أوبعضه فعندهما يعتق كله وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى البيان اليه لان ماسمى يطلق علي القليل والكثير منه فأي مقدار عنى منه يعتق ذلك القدر ويستسعيه فيما بقى وأن أعتق سهما منه فالسهم في قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالي السدس كما قال في الوصية بسهم من ماله وقد بينا هذا في الاقرار فيستسعيه في خمسة أسداس واذا أعتق أمة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق قيمة نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئاًمن قيمة الولد لانه ماصنع في الولد شيئاً ولانه لم يثبت حق الشريك في الولد لانها كانت مكاتبة

حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما انها أحق بكسبها واذا كان العبد بين ثلاثة رهط فاعتق أحدهم نصيبه ودبر الآخر وكاتب الآخر ولا يعلم أيهم أول فنقول اما على قول أبي حنيفة عتق المعتق في نصيبه نافذ ولا ضمان له علي أحد تقدم تصرفه أو تأخر وتدبير المدبر في نصيبه أيضاً نافذ وهو مخير ان شاء استسعى العبد في ثلث قيمته مدبراً وان شاء ضمن المعتق فاذا اختار التضمين ضمنه سدس قيمته مدبراً ورجع على العبد بسدس قيمته استحسانا وفي القياس ليس له حق التضمين لان التدبير منه ان سبق فله حق تضمين المعتق وان تأخر فليس له حق تضمينه والضمان لا يجب بالشك ولان تدبيره مانع من تمليك نصيبه من المعتق بالضمان وهو شرط التضمين اذا سبق العتق وفي الاستحسان اعتبر الاحوال فقال من وجه هو قياس له ثلث قيمته وهو أن يكون التدبير سابقاً ومن وجه لا يكون ضامنا شيئاً فيضمنه سدس القيمة باعتبار الاحوال ومن وجه يستسعى العبد فيما بقي وهو سدس القيمة لانه يستوجب السعاية عليه على كل حال فأما المكاتب فان مضى العبد على كتابته يؤدي اليه مال الكتابة والولاء بينهم أثلاثا وان عجز كان للمكاتب أن يضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه نصفين اذا كانا موسرين لانه ليس أحدهما بوجوب الضمان عليه بأولى من الآخر ويرجعان على العبد بما ضمنا ويكون ولاؤه بينهما نصفين ولم يذكر قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في الكتاب وذكر في الزيادات اذا كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما ودبره الآخر ولا يعلم أيهما أول فعلى قول أبي يوسف يترجح العتق على التدبير فيكون ولاؤه للذى أعتقه وللمدبر أن يضمن شريكه نصف قيمته فيما اذا كان موسراً وعند محمد رحمه الله تعالى يجعل كانهما وقعا معا ثم يغلب العتق فيعتق كله والولاء بينهما وللمدبر أن يعتق نصف قيمته مدبرا اذا عرفنا هذا فنقول الكتابة من الثالث اول عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يسبق العتق فيكون للمكاتب والمدبر ضمان قيمة الثلثين على المعتق والولاء كله للمعتق وعند محمد رحمه الله تعالى المكاتب يضمن المدبر والمعتق قيمة نصيبه بينهما نصفين كانهما وقعا معا وقيل بل ذلك في نصيبه خاصة فأما في نصيب المكاتب العتق أقوى من التدبير فانما يضمن المعتق قيمة نصيبه اذا كان موسراً وان كان العبد بين خمسة رهط فأعتق أحدهم ودبر الآخر وكاتب الثالث نصيبه وباع الرابع نصيبه وقبض الثمن وتزوج الخامس على نصيبه ولم يعلم أيهم أول فنقول

أما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فحكم العتق والتدبير على مابينا في الفصل الاول الا أن التضمين والاستسعاء هناك فى الثلث وهنا فى الخمس لان نصيب المدبر الخمس هنا فأما في البيع فان تصادقا أنه كان بعد العتق والتدبير أو قال البائع كان قبل العتق والعبد فى يده وقال المشترى كان بعده فالبيع باطل لان معتق البعض لايباع فالمبطل للبيع ظاهر فى الحال أو يجعل كانهما وقعا معا فكان البيع باطلا وان تصادقا أنه كان قبل العتق والتدبير فالمشترى بالخيار ان شاء نقض البيع لتغير المبيع في ضمان البائع وان شاء أمضاه وأعتق نصيبه واستسعاه فيكون ولاؤه له وان شاء ضمن المعتق والمدبر قيمة نصيبه ان كانا موسرين اذ ليس أحدهما بوجوب الضمان عليه بأولى من الآخر ويرجعان به على العبد وأما المرأة فان تصادقا أن التزويج كان بعد العتق أو التدبير فالنكاح صحيح ولها خمس قيمته على الزوج لانه تبين أنه تزوجها على من هو كالمكاتب وان تصادقا على أن التزويج كان قبل العتق والتدبير فلها الخيار للتغير ان شاءت تركت المسمى وضمنت الزوج خمس قيمته وان شاءت أجازت وأعتقت واستسعت العبد في خمس قيمته وولاء خمسه لها وان شاءت ضمنت المعتق والمدبر خمس قيمته نصفين ثم لاتتصدق هي بالزيادة ان كانت بخلاف المشتري لان المشترى انما حصل له ذلك بمال فيتصدق بربح حصل لا على ضمانه والمرأة تملكت ذلك لا بأداء مال فلا يظهر الربح في حقها ؛ أما نصيب المكاتب فهو على ماذكرنا ان أدى البدل اليه عتق من قبله وان عجز كان له أن يضمن المدبر والمعتق قيمة نصيبه نصفين ان كانا موسرين وأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فالجواب فى العتق والتدبير على ماقلنا فأما البيع فان تصادقا أنه كان البيع أولا ثم العتق ثم التدبير فللمشتري الخيار واذا اختار امضاء البيع ضمن المعتق خمس قيمته اذا كان موسرا ليس له الا ذلك وان تصادقا أنه كان البيع ثم التدبير ثم العتق واختار المشتري الامضاء للتدبير ضمن المدبر خمس قيمته موسراً كان أو معسراً ليس له الا ذلك وأما التزويج فان تصادقا أنه كان التزويج ثم العتق ثم التدبير فاختارت الاجازة ضمنت المعتق خمس القيمة ليس لها الا ذلك اذا كان موسراً وان كان معسراً استسعت الغلام فى خمس القيمة وان كان التزويج ثم التدبير ثم العتق ضمنت المدبر خمس قيمته موسرا كان أو معسرا ليس لها الا ذلك وان تصادقا ان التزويج كان بعد العتق فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ترجع على الزوج بخمس القيمة وعند محمد

رحمه الله تعالى لها مهر مثلها لانه ظهر أنه تزوجها على حر وقد بينا في كتاب النكاح اختلافهما فيما اذا تزوجها علي عبد فاذا هو حر فأما الكتابة فهو باطل عندهما كما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى للمكاتب أن يضمن المعتق قيمة نصيبه اذا كان معسراً وعند محمد رحمه الله تعالى يضمنه الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة على قياس مايأتى بعد هذا من اختلافهم في المكاتب بين اثنين يعتقه احدهما ولو كان في العبد شريك سادس وهب نصيبه لابن له صغير لا يعلم قبل العتق كان أو بعده فالقول فيه قول الاب لانه هو المملك فان قال الهبة بعد العتق فهو باطل وان قال الهبة قبل العتق فالهبة جائزة ثم يقوم الاب فى نصيب الابن مقام الابن ان لو كان بالغا فى التضمين أو الاستسعاء وليس له حق الاعتاق فان كان المعتق والمدبر موسرين ضمنهما سدس قيمته للابن لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وللأب ولاية الكتابة في مال ولده واذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد لم يكن للآخر أن يبيع نصيبه ولا يهبه ولا يمهره لانه صار بمنزلة المكاتب والمكاتب لايحتمل التمليك بشئ من الاسباب فان كاتبه على أكثر من نصف قيمته طرح الفضل عنه لان هذا بمنزلة الاستسعاء منه وقد بينا أنه لو استسعاه وصالحه على أكثر من نصف قيمته دراهم أودنانير فالفضل مردود وان كاتبه على عروض أكثر من نصف قيمته جاز كما لوصالحه من السعاية على عروض لان الفضل لايتحقق هنا فان عجز عن الكتابة سقط عنه ماالتزم من العروض ويجبر على السعاية فى نصف القيمة كما كان قبل الكتابة ولا يكون له ان يضمن الشريك شيئاً لان مكاتبته بمنزلة الاستسعاء منه واختياره السعاية يسقط حقه في تضمين الشريك فليس له أن يرجع فيه فيضمنه شيئاً وكذلك لوكان قال قد اخترت السعاية فليس له ان يضمن الشريك بعد ذلك والخيار في هذا عند السلطان وعند غيره سواء لان الخيار ثابت للساكت شرعا فمن يختار بنفسه يكون ملتزما اياه ولو لم يختر واحداً منهما حتى يموت المعتق كان للساكت ان يرجع بالضمان فى ماله لان حق التضمين قد ثبت له بالعتق فى الصحة فلايسقط ذلك بموته كسائر ديونه واذا باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه على عوض أخذه منه فان هذا واختيار الضمان سواء فى القياس لانه تمليك لنصيبه منه بعوض يستوفيه منه والتضمين ليس الاهذا غيران هذاالخشهما لان فى التضمين تمليكا حكما بسبب ذلك العتق وفى البيع والهبة بعوض تمليك مبتدأ بسبب ينشأ نه في الحال ومعتق البعض لا يحتمل

ذلك فباعتبار السبب كان هـذا الخش وباعتبار حكم السبب كان هـذا والتضمـين سواء والمقصود الحكم دون السبب الا أنه ان كان العوض أكثر من نصف القيمة من الدراهم أو الدنانير فالفضل باطل كما بيناه فى الصلح وان دبر الساكت نصيبه فتدبيره اختيار للسعاية لان موجب التضمين تمليك نصيبه من صاحبه بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير لانه استحق ولاء نصيبه فكان ذلك ابراء للمعتق عن الضمان واختيارا للسعاية وان كان العتق بعد التدبير ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً ان كان موسراً لانه انما تعذر عليه استدامة الملك فى نصيبه باعتاق المعتق وكان نصيبه عند الاعتاق مدبراً فلهذا ضمنه نصف قيمته مدبراً وان لم يعلم أيهما أول فهو على القياس والاستحسان الذى بينا فى القياس لاضمان على المعتق وفى الاستحسان يضمن ربع قيمته مدبراً ويرجع به المعتق على العبد وعلى العبد مثل ذلك للمدبر والولاء بينهما ولو كان العبد بين صغير وكبير فأعتقه الكبير وهو غني وللصغير أب أو وصى فهو قائم مقامه في اختيار التضمين أو الاستسعاء وليس له أن يعتق لانه تبرع وذلك لايثبت للأب والوصى فى مال الولد فان لم يكن له أب ولا وصى استؤني به بلوغه ليختار اما الضمان أو الاعتاق أو الاستسعاء وقيل هـذا اذا كان فى موضع لا قاضي فيـه فان كان فى موضع فيـه قاض نصب القاضى له قيما يختار التضمين أو الاستسعاء فان ذلك أنفع للصبي لانه يتعـذر التصرف فى نصيب الصبي من العبد بعـد العتق وكذلك ان كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون عليه دين فهو مخير بين الضمان والسعاية وليس له أن يعتق لانه تبرع لا يحتمله كسب المكاتب والمأذون فأما التضمين والاستسعاء فـله ذلك في المكاتب لان المكاتب يملك أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة فأما فى العبـد المديون فينبغى أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للمأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهـذا يملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتـداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما للمولى لانه ليس من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى كما يكون بين حرين لان كسب العبد مملوك للمولى فى هذه الحالة واذا قال أحد الشريكين للعبد ان دخلت المسجد اليوم فأنت حر وقال له الآخر ان لم تدخل المسجد اليوم فأنت حر فمضى

اليوم وقال كل واحد منهما حنث صاحبي فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يسقط نصف السعاية عن العبد وعند محمد رحمه الله تعالى لا يسقط عنه شئ من السعاية اذا كانا معسرين لان كل واحد من الشريكين شاهد على صاحبه بالعتق فلا يسقط شئ من السعاية عن العبد اذا كانا معسرين وهذا لان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية مجهول والقضاء بالمجهول لا يجوز ألا ترى أنه لو كان بينهما عبدان سالم وبزيع فقال أحدهما ان دخلت المسجد اليوم فسالم حر وقال الآخر ان لم تدخل اليوم فبزيع حر فمضى اليوم ولا يدرى أدخل أولم يدخل لا يسقط شئ من السعاية عن العبد لجهالة المقضى عليه منهما فهذا مثله وهما يقولان تيقن القاضى بحنث أحدهما وسقوط نصف السعاية عن العبد ولا يجوز له أن يقضي بوجوب ما تيقن سقوطه كمن طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ثم مات قبل أن يبين سقط نصف الصداق للتيقن به وان كان المقضى عليها منهن مجهولا ولكن لما كان المقضى له معلوما جاز القضاء به فهنا أيضا المقضى له بسقوط نصف السعاية عنه معلوم وهو العبد فيجوز القضاء به وان كان المقضى عليه مجهولا بخلاف العبدين فان الجهالة هناك فى المقضى له والمقضى عليه جميعا فيمتنع القضاء لتفاحش الجهالة وبخلاف مالو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق لان هناك لم يتيقن بسقوط شئ من السعاية عن العبد لجواز أن يكونا كاذبين في شهادتهما وهنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحد المولين حانث لامحالة ثم تخريج المسألة على قول أبي حنيفة أن العبد يسعى في نصف قيمته بينهما نصفين موسرين كانا أو معسرين أوكان احدهما موسرا والآخر معسراً لانه ليس أحدهما باسقاط حقه فى السعاية بأولى من الآخر ويسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فيتوزع الساقط عليهما نصفين ويكون الباقى وهو نصف القيمة بينهما نصفان وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان كانا معسرين فكذلك الجواب وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ لان كل واحد منهما يدعى الضمان على شريكه ويتبرى من السعاية فان يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ من السعاية والموسر يقول شريكى معتق وهو معسر فلى حق استسعاء العبد فلهذا يسعى له في ربع قيمته وعند محمد رحمه الله تعالى ان كانا معسرين يسعى فى جميع قيمته بينهما نصفان وان كانا موسرين لا يسعى لواحد منهما لان كل

واحد منهما تبرأ من السعاية فان يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسراً يسعى فى نصف قيمته للموسر منهما لانه يدعى السعاية عليه ولا يسعي للمعسر فى شئ لانه يتبرأ من السعاية ويدعى الضمان على شريكه فعليه اثباته بالحجة رجل أعتق عبده عند الموت ولا مال له غيره فأمر العبد موقوف فى جنايته وشهادته ونكاحه بغير اذن المولى وهذا بخلاف مالو وهبه من انسان فى مرضه فان الهبة تكون صحيحة حتى لو كانت جارية حل للموهوب له وطؤها بعد الاستبراء والأصل أن كل تصرف يحتمل النقض بعد نفوذه فهو نافذ من المريض لقيام ملكه فى الحال والهبة من هذا النوع وكل تصرف لايحتمل النقض بعد نفوذه يتوقف من المريض لان حاله متردد بين أن يبرأ فيكون متصرفا فى حق نفسه أو يموت فيكون متصرفا فى حق ورثته ولا يمكن دفع الضرر عن الورثة بالابطال بعد النفوذ لان هذا النوع من التصرف لا يحتمل ذلك فيدفع الضرر عنهم بتوقف حكم التصرف على ما يتبين فى الثاني والعتق من هذا النوع فيوقف منه حتى اذا برئ من مرضه تبين أنه كان نافذا وان حاله فى الجناية والشهادة كحال الحر وان مات من مرضه وهو يخرج من ثلثه وكذلك ان لم يكن له مال سواه فعليه السعاية فى ثلثي قيمته لان العتق فى المرض وصية لا تنفذ الامن الثلث وما دام يسعى فهو كالمكاتب لان سعايته في بدل رقبته فهو بمنزلة معتق البعض يكون كالمكاتب مادام يسعي بخلاف المرهون يعتقه الراهن وهو معسر فهو وان كان يسعي في الدين إلاأن السعاية هناك ليس في بدل الرقبة بل فى الدين الذى هو على الراهن ولهذا يرجع عليه اذا أيسر فلا يمنع سلامة الرقبة له وهنا السعاية فى بدل الرقبة فلا تسلم له رقبته مالم يؤدها واذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد فى مرضه ثم مات وهو موسر لم يضمن حصة شريكه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو ضامن لشريكه قيمة نصيبه تستوفى من تركته لان هذا ضمان الاتلاف والافساد فاذا تقرر سببه من المريض كان هو والصحيح سواء كضمان المغصوب والمتلفات وهذا ضمان التملك فيستوى فيه الصحيح والمريض كالضمان بالاستيلاد والحجر بسبب المرض لا يكون أعلى من الحجر بسبب الرق ثم المكاتب لو كاتب نصيبه كان ضامنا لنصيب شريكه فالمريض أولى وحجة أبي حنيفة رحمه الله ماقال فى الكتاب من قبل ان الضمان لو وجب لوجب ان يكون من مال الورثة يعنى ان تركته تنتقل الى ورثته بالموت فلو استوفى ضمان العتق انما يستوفى من مال الوارث

ولا سبب لوجوب هذا الضمان على الوارث ﴿فان قيل﴾ لا كذلك بل هذا دين لزمه فيمنع انتقال المال الى وارثه ﴿قلنا﴾ مالزمه شئ قبل ان يختار الشريك ضمانه ولو لزمه فهذا ليس بدين صحيح يتقرر ألا ترى ان العسرة تمنع وجوبه ومثل هذا الدين لايمنع ملك الوارث ثم تقريره من وجهين أحدهما ان هذا في الصورة دين وفي المعنى صلة لان وجوبها لا كمال الصلة وهو العتق والصلة وان تقرر سببها في حياته يجعل كالمضاف الى مابعد الموت حتى يتمين من الثلث ولهذا الحرف قال ابن أبي ليلى رضى الله تعالى عنه ان كان الضمان يخرج من ثلث ماله يجب والا فلا ولكنا نقول لكونه في حكم الصلات لايمنع نقل الملك الى الوارث ولا يجوز استيفاؤه من مال الوارث لماقلنا ولان المرض أنفى للضمان من الفقر حتى ان الفقر لايمنع ضمان الكفالة والمرض يمنع منه فيما زاد على الثلث فاذا كان الفقر ينفي وجوب الضمان للعتق أصلا فلان ينفيه من مرض الموت أصلا أولى وهذا بخلاف المكاتب لان الضمان هناك يجب في كسبه وهو أحق بكسبه يداً وتصرفا انما ينعدم بسبب الرق حقيقة الملك والغنا وقد بينا انه لا معتبر بالغنا في وجوب ضمان العتق انما المعتبر هو اليسر والاداء على المكاتب متيسر هناك من كسبه والمكاتب فيما يتقرر منه من أسباب الصلة كالحر ألا ترى أن المحاباة اليسيرة تصح منه بالاتفاق ومن المريض تعتبر من ثلثه وهذا بخلاف ما لو كان العتق في الصحة فان الضمان يستوفي من تركته بعد موته لان السبب هناك تقرر في حال كونه مطلق التصرف في الصلات فيتقرر وجوبه عليه ألا ترى أنه لو كفل بمال في صحته فهو معتبر من جميع ماله بخلاف ما اذا كفل في مرضه فهذا مثله واذا أعتق أحد الشريكين العبد ثم اختلفا فقال المعتق أعتقته وأنا معسر عام أول ثم أصبت مالا بعد ذلك وقال الآخر بل أعتقته عام أول وانت موسر فالقول قول المعتق لان حاله يتبدل في مثل هذه المدة وان أقاما البينة فالبينة بينة الساكت لانه يثبت اليسار والضمان لنفسه بسببه واذا كان العبد بين رجلين فقال أحدهما ان لم أضربه اليوم فهو حر وقال الآخر ان ضربته سوطا فهو حر فضربه سوطين ثم مات منهما ففي المسئلة حكمان حكم العتق وحكم الجناية أما حكم العتق أنه يعتق نصيب الذى لم يضربه لوجود شرط حنثه حين ضربه سوطا وان كان موسراً فللضارب الخيار بين أن يضمنه نصف قيمته مضروبا سوطا وبين أن يستسعى العبد في ذلك لانه انما صار معتقا له وهو منقوص بضرب السوط الاول وقد بينا أن ايجاد الشرط

من الضارب لا يسقط حقه في الضمان فلهذا كان له أن يضمنه نصف قيمته مضروبا سوطا وأما حكم الجناية فان الضارب يضمن نصف ما نقصه السوط الاول لشريكه في ماله لان جنايته بضرب السوط الاول لاقى ملكا مشتركا بينهما ثم قد انقطعت سراية هذه الجناية بالعتق بعدها والجناية على المماليك فيما دون النفس لا تعقله العاقلة فلهذا يضمن له نصف النقصان بالسوط الأول في ماله ثم يضمن ما نقصه السوط الآخر كله لانه صار بمنزلة المكاتب حين أعتق نصيبه وجنايته على مكاتبه وعلى مكاتب غيره موجبة للضمان عليه ويضمن نصف قيمته بعد السوطين لانه مات من السوطين جميعا واحدهما صار هدرا والآخر معتبر فيضمن نصف قيمته مضروبا سوطين ويجمع ذلك مع نقصان السوط الثاني فيكون على العاقلة لأن الجناية الثانية صارت نفسا فما يجب باعتبارها يكون على العاقلة وهذا تركة العبد يستوفي منه الشريك ما ضمن لانه كان له حق الرجوع على العبد بما ضمن لشريكه فيرجع في تركته بعد موته وما بقي بعده فهو ميراث للمعتق لان الولاء قد صار له في الكل وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يغرم نقصان السوط الثاني لانه بعتق البعض عتق كله والنقصان غير معتبر في الجناية على الاحرار ولكن يجب نصف ديته على عاقلته فان كان له وارث فهو لوارثه والا فهو للمعتق ولا يرجع فيه بشيء مما ضمن لشريكه وان كان المعتق معسرا فان الشريك الذي لم يعتق لم يرجع بما غرمه من نقصان السوط الآخر ومن نصف قيمته مضروبا سوطين بل بنصف قيمة العبد لانه كان له حق استسعاء العبد في ذلك فيستوفيه من تركته وما بقي فهو بين الشريك والمعتق وبين أقرب الناس الى الضارب من العصبة لان الولاء بينهما ولكن الضارب قاتل فيكون محروما عن الميراث ويجعل كالميت فيقوم أقرب عصبة مقامه في ذلك وعندهما الواجب نصف الدية يستوفى منه الضارب نصف القيمة وهو السعاية وما بقي فهو كله للمعتق لان الولاء في الكل له عندهما واذا قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فملك مملوكا مع غيره لا يعتق لان شرط عتقه أن يملك مملوكا مطلقا ونصف المملوك لا يتناوله هذا الاسم فان اشترى نصيب شريكه عتق لان الشرط قد تم حين صار الملك في الكل له ولا فرق بين أن يملك المملوك جملة أو متفرقا وان باع نصيبه أولا ثم اشترى نصيب شريكه لم يعتق لانه لم يحصل في ملكه مملوك تام في شيء من أحواله والعرف الظاهر بين الناس أنهم يريدون بهذا اللفظ الملك التام ولو قال لمملوك بعينه اذا ملكتك فأنت حر فاشترى

نصفه ثم باع ثم اشترى النصف الباقى عتق لان الشرط قد تم حين اشترى النصف الباقي والموجود في ملكه هذا النصف يعتق والقياس فى المعين وغير المعين سواء غير أنه استحسن وفرق بينهما بحرفين (أحدهما) أن الوصف فى المعين غير معتبر والاجتماع فى الملك وصف فيعتبر ذلك في غير المعين ولا يعتبر فى المعين (والثاني) العادة فان الانسان يقول ماملكت قط مائة درهم ولا يريد بذلك مجتمعا لا متفرقا وفي المعين لا يقول ما ملكت هذه المائة درهم اذا كان ملكها متفرقا وان قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسداً لم يعتق لان شرط حنثه تم قبل أن يقبضه ولا ملك له فى القبض ألا ترى أنه لو أعتقه لا ينفذ عتقه فان كان في يده حين اشتراه عتق ومراده اذا كان مضمونا بنفسه في يده حتى ينوب قبضه عن قبض الشراء فيصير متملكا بنفس الشراء فيعتق لوجود الشرط واذا جنى المستسعى فهو بمنزلة المكاتب يحكم عليه بالاقل من أرش الجناية ومن قيمته لان الرق فيه باق وهو أحق بمكاسبه فيكون كالمكاتب فى جنايته ألا تري أنه كالمكاتب في الجناية عليه فان جنى جناية أخري بعد الحكم بالاولى حكم فى الثانية بمثل ذلك لان الاولى بالقضاء تحولت الى كسبه فتتعلق الثانية برقبته وان لم يكن حكم بالاولى تحاصا في القيمة لانهما تعلقا برقبته فلا يلزمه باعتبارهما الا قيمة واحدة وبيان هذه الفصول فى كتاب الديات وان حفر بئراً فى غير ملكه فوقع فيه انسان فعليه أن يسعى فى قيمته لانه متعد فيه فهو فى حكم الضمان لجنايته بيده وان وقع فيه آخر اشتركوا في تلك القيمة لاستناد الجنايتين الى سبب واحد وهو الحفر ولا يجب بالسبب الواحد الا قيمة واحدة وان وجد فى داره قتيل سعى في قيمته لان التدبير فى حفظ داره اليه فكان حكم القتيل الموجود فيها كحكم الذي جنى عليه بيده وما أفسد من الاموال فهو عليه بالغا مابلغ لانه بمنزلة المكاتب فى ذلك كله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما هو حر فى جميع أحكامه واذا أعتق أحد الشريكين الجارية وهى حامل ثم أعتق الآخر مافى بطنها ثم أراد ان يضمن شريكه نصف قيمة الأم لم يكن له ذلك وهذا اختيار منه للسعاية لانه باعتاق الجنين استحق ولاءه وهو فى حكم جزء من اجزاء الأم ولو اكتسب سبب الولاء فى جزء منها سقط حقه فى تضمين الشريك ولانه منع تمليك مافى بطنها من الشريك بالضمان فلهذا صار به مختارا للسعاية ولو أعتقا جميعاً مافي بطنها ثم أعتق احدهما الأم وهو موسر كان لصاحبه أن يضمنه نصف قيمتها ان شاء لان بعد اعتاق الجنين كانا يتمكنان

من استدامة الملك فيها والتصرف بعد الوضع وقد امتنع على الساكت ذلك باعتاق الشريك وهو موسر فكان له أن يضمنه نصف قيمتها ان شاء والحبل نقصان في بنات آدم لا زيادة فانما يضمنه نصف قيمتها حاملا لانه أعتقها وهي على هذه الصفة والله أعلم بالصواب

باب الشهادة في عتق الشركاء

﴿ قال ﴾ واذا شهد الشاهدان ان أحد الشريكين أعتق العبد ولا يدرون أيهما هو وجحد المولیان لم تجز شهادتهما لانهما لم يبينا المعتق منهما والحجة هى البينة فما لا تكون مبينة لا تكون حجة ولان الشهادة لا توجب شيئاً بدون القضاء ولا يتمكن القاضى من الايجاب على المجهول فان شهد أحد الشريكين على صاحبه بالعتق لم تجز شهادته لانه فى الحقيقة يدعى اما الضمان على شريكه أو السعاية على العبد فى نصيبه ولكن الرق يفسد باقراره لانه متمكن من افساد الرق باعتاقه فاذا أقر بفساد الرق باعتاق الشريك يعتبر اقراره فى ذلك ثم يسعى العبد فى قيمته بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى موسرين كانا أو معسرين أو كان احدهما موسراً والآخر معسراً لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية فالشاهد منهما يقول شريكي معتق ولى حق استسعاء العبد مع يساره والمشهود عليه يقول الشاهد كاذب ولا ضمان لى عليه ولكن لى حق استسعاء العبد لاحتباس نصيبي عنده وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان كان المشهود عليه معسراً فكذلك الجواب وان كان موسراً يسعى للمشهود عليه فى نصف قيمته ولا يسعى للشاهد فى شئ لان المشهود عليه يدعى السعاية مع يسار الشاهد فانه يزعم أنه كاذب وليس بمعتق فلا يضمن شيئاً مع يساره فان الشاهد تبرأ من السعاية عند يسار المشهود عليه لانه يقول هو معتق ضامن لنصيبي ويدعي السعاية عند عسرة المشهود عليه فيسعى له فى هذه الحالة ولو شهد أحد الشريكين مع آخر على شريكه باستيفاء السعاية لم تجز شهادته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه شهد لعبده فانه بمنزلة المكاتب لهما ما دام يسعى والمكاتب عبد لمولاه ولانه متهم فلعله قصد استخلاص كسبه لنفسه بشهادته على صاحبه بالاستيفاء وكذلك لو شهد عليه بغصب أو جراحة أو شئ يجب به عليه مال فشهادته مردودة لانه شاهد لعبده عبد بين ثلاثة شهد اثنان منهم على صاحبهما أنه أعتقه فحكم على العبد أن يسعى لهم فى قيمته فأدى الى واحد منهم شيئاً كان

ذلك بينهم أثلاثا لان السعاية وجبت لهم عليه بسبب واحد فيكون المستوفى مشتركا بينهم ولانه بمنزلة العبد لهم فلا يكون لأحدهم حق الاختصاص بشيء من كسبه فان شهد اثنان منهم على الآخر أنه استوفى منه حصته لم تجز شهادتهما من قبل أنهما يجران الى أنفسهما منفعة حتى يأخذا منه ثلثي ما استوفاه وكذلك ان شهدا أنه استوفي المال كله بوكالة منهما لم تجز شهادتهما عليه لما قلنا ويبرأ العبد من حصتهما لاقرارهما فيه بقبض مبرئ فان قبض وكيلهما في براءة المديون كقبضهما ويستوفى المشهود عليه حصته من العبد ولا يشاركه في ذلك الشاهدان لانهما أسقطا حقهما بالشهادة السابقة ولانهما يزعمان أنه ظالم في هذا الاستيفاء لا حق له فيه ولا لهما وان شهدا بدين لهذا العبد على أجنبي لم تقبل لانه بمنزلة عبدهما ما دام يسعى واذا شهد شاهدان على أحد الشريكين أن شريكه الغائب أعتق حصته من هذا العبد فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقبل هذه الشهادة ويقضي بعتقه لان العتق عندهما لايتجزأ فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وهما في الحقيقة يشهدان على الحاضر بعتق نصيبه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاتقبل هذه الشهادة لان العتق عنده يتجزأ فانما يشهدان بعتق نصيب الغائب خاصة وليس عنه خصم حاضر والقضاء على الغائب بالشهادة لايجوز ولكن يحال بينه وبين هذا الحاضر أن يسترقه ويوقف حتى يقدم الغائب استحسانا وفي القياس لايحال لان هذه الحيلولة تنبني على ثبوت العتق في نصيب الغائب ولا يثبت ذلك بالشهادة بدون القضاء ولكن في الاستحسان قال هما يشهدان على الغائب بالعتق وعلى الحاضر بقصر يده عنه لان معتق البعض بمنزلة المكاتب لايد عليه لمولاه والحاضر خصم في اثبات قصر يده عنده فتقبل هذه الشهادة في هذا الحكم اذ ليس من ضرورة القضاء بها القضاء على الغائب بالعتق فهو نظير من وكل بعتق عبده فأقام العبد البينة على الوكيل أن مولاه أعتقه لايحكم بعتقه ولكن يحكم بقصر يد الوكيل عنه حتي يحضر المولى فتعاد عليه البينة فكذلك هنا اذا حضر الغائب فلا بد من اعادة البينة عليه للحكم بعتقه لان الاولى قامت على غير خصم فان كانا غائبين فقامت البينة على احدهما بعينه أنه أعتق العبد لم تقبل هذه الشهادة الا بخصومة تقع من قبل قذف أوجناية أووجه من الوجوه فحينئذ تقبل البينة اذا قامت على ان المولبين اعتقاه أوان أحدهما اعتقه واستوفى الآخر السعاية منه لان الخصم الحاضر لايتمكن من اثبات مايدعيه على العبد الا باثبات حريته والعبد لايتمكن من دفعه الا بانكار حريته

فينتصب خصما على الغائبين في ذلك واذا شهد شاهد على احد الشريكين أنه أعتقه وشهد آخر على الشريك الآخر أنه أعتقه لم يحكم بشهادتهما اما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يشكل لان المشهود به مختلف والمشهود عليه كذلك واما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فلان أحدهما شهد بعتق يبرأ فيه من نصيب زيد الى نصيب عمرو والآخر شهد بعتق يبرأ فيه من نصيب عمرو الى نصيب زيد ولم يتفق الشاهدان علي واحد من الأمرين فلا يحكم بشهادتهما وان كان العبد لمسلم ونصرانى شهد نصرانيان عليهما بالعتق جازت شهادتهما على النصراني لان شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وشهادتهم على المسلمين مردودة فأنما يثبت العتق فى نصيب النصرانى خاصة فهذا ومالو شهدا عليه أنه أعتق نصيبه سواء حتي يخير المسلم بين الاعتاق والتضمين والاستسعاء فان شهدا علي المسلم منهما بانه أعتق نصيبه فالشهادة باطلة والعبد مملوك لهما على حاله بخلاف ما اذا شهد النصرانى على شريكه بالعتق فان ذلك اقرار منه فى نصيبه بفساد الرق والاقرار يلزم بنفسه قبل القضاء وهذه شهادة لا توجب شيئاً الا بالقضاء وليس للقاضى أن يقضي على المسلم بشهادة النصراني ولو شهد نصرانيان على شهادة مسلمين ان النصرانى أعتقه فهذا باطل لانهما يثبتان شهادة المسلمين عند القاضي وكما لا يثبت قضاء القاضى على المسلمين بشهادة النصرانى وان كان الخصم نصرانياً فكذلك لا تثبت شهادة المسلمين بشهادة النصرانى واذا كان العبد بين ثلاثة نفر ادعى أحدهم أنه أعتق نصيبه على ألف وشهد له شريكاه على العبد فالشهادة جائزة لان نصيبه من العبد قد عتق باقراره وانما بقي دعواه المال عليه فالآخران يشهدان بالمال على احدهما ولا تهمة فى هذه الشهادة ولو شهد ابنا أحد الشركاء ان أباهما قد أعتق العبد بغير جعل جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما وشهادة ابن العبد بالعتق تقبل ان كان العبد ينكر ذلك والمولى يدعيه وان كان العبد يدعى ذلك لا تقبل لانهما يشهدان لأبيهما وكذلك ان شهدا بوجود شرط العتق بعد ظهور التعليق فانما يشهدان لابيهما فلا تقبل شهادتهما ولو ادعى المولى أنه أعتقه بألف درهم وقال العبد اعتقني بغير شئ فشهد ابنا المولى للعبد بما ادعى وأقام الاب شاهدين على أنه أعتقه بألف درهم فانه يؤخذ له بالالف لانه يثبت المال ببينة والعبد ينفى المال بما يقيم من البينة وعند التعارض يرجح بين البينتين واذا كانت بين رجلين فشهد ابنا

أحـدهما على الشريك انه أعتقها فشهادتهما باطلة لانهما شهدا لأمة أبيهما ولانهما يشهدان لأبيهما بثبوت حق التضمين له قبل الشريك ان كان موسراً ولو شهدا على أبيهما انه أعتقها جاز ذلك لانه لا تهمة فى شهادتهما على أبيهما فان كان الاب موسراً ثم ماتت الخادم وتركت مالا وقد ولدت بعد العتق ولدا فأراد الشريك أن يستسعى الولد فليس له ذلك كما فى حياة الام لم يكن له سبيل على استسعاء الولد فكذلك بعد موتها اذا خلفت مالا ولكنه يضمن الشريك كما كان يضمنه فى حياتها ثم يرجع الشريك بما يضمن فى تركتها كما كان يرجع عليها لو كانت حية وما بقى فهو ميراث للابن لان باداء ماعليها من السعاية يحكم بعتقها وعتق ولدها مستنداً الى حال حياتها على ما نبينه فى المكاتبة وان لم تدع مالا رجع بذلك على الابن لأن الابن مولود فى الكتابة والمولود فى الكتابة يسعى فيما على امه بعد موتها لانه جزء من أجزائها فبقاؤه كبقائها ولانه محتاج الى تحصيل العتق لنفسه ولا يتوصل الى ذلك الا باداء ما على أمه وان لم تمت فاختار الشريك أن يستسعيها فهى بمنزلة المكاتبة في تلك السعاية والحاصل أن بعد موتها ليس للشريك أن يستسعيها باعتبار بقاء الولد وفى حال حياتها له أن يستسعيها لان حق الاستسعاء باعتبار احتباس نصيب الشريك عندها وذلك لا يتحقق بعد موتها ولا حق للشريك فى ولدها فلهذا لا يستسعيها باعتبار بقاء الولد ولا باعتبار بقاء المال ولكنه يضمن الشريك وأما فى حال حياتها فقد تقرر احتباس نصيب الشريك عندها فكان له ان يستسعيها وهى بمنزلة المكاتبة مادامت تسعى حتى ليس لها أن تتزوج بدون اذن مولاها وان ولدت فولدها بمنزلتها وان اشترت أباها أو أمها أو ولدها فليس لها أن تبيعهم ولو اشترت أخاها أو ذا رحم محرم منها فلها أن تبيعهم فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا وليس لها ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو القياس أصل المسئلة فى المكاتب وجه قولهما أن الحر لو اشترى أخاه يصير فى مثل حاله فكذلك المكاتب اذا اشترى أخاه يصير في مثل حاله ألا ترى أن في الآباء والاولاد لا يفصل بين المكاتب وبين الحر حتى يصير فى مثل حاله في الوجهين فكذلك فى كل ذى رحم محرم لان القرابة المتأيدة بالمحرمية بمنزلة الولاد فى استحقاق الحرية كما في استحقاق العتق بها وهذا لان ما للمكاتب من الحق فى كسبه يحتمل الكتابة حتى لو كاتب عبده صح كما أن ما للحر من الملك يحتمل العتق فاذا سوى هناك بين الاخوة والآباء فى اثبات ما يحتمله ملك الحر

فكذلك يسوى بينهما هنا فى أثبات مايحتمله كسب المكاتب وجه الاستحسان لابي حنيفة ان من تكاتب عليه يكون تبعاً له ان الكتابة لا تكون الا ببدل وليس عليه شئ من البدل فعرفنا أنه تبع ومعنى الاصالة والتبعية يتحقق فيمابين الآباء والاولاد لاجل الجزئية فيستقيم أن يتكاتب عليه بسبب الجزئية فأما معنى الاصالة والتبعية لايتحقق بين الاخوة وسائر القرابات فلا يتكاتب أحدهما على الآخر والثانى أن المكاتب كسائر الاباء والاولاد يثبت باعتبار الكسب على أن يوفى بعد ظهور الملك فان الابن اذا كان مكتسبا يقضى عليه بنفقة أبيه على أن يملك بالاكتساب فيؤدي فكذلك هنا ثبت حق الآباء والاولاد فى الكسب على أنه متي ثبت الملك بالعتق عتق عليه فيمتنع بيعهم لهذا ولا يثبت حق الاخوة فى الكسب على أن يوفي من الملك اذا ظهر فكذلك لايثبت حق الاخوة فى كسب المكاتب ولايمتنع عليه بيعهم ولا يدخل على هذا الكلام أنه لايقضى على المكاتب بالنفقة لآبائه وأولاده الاحرار لأن الاستحقاق بالكسب على ان يقضى من الملك وهنا لو قضى عليه بالنفقة لزمه ذلك قبل تمام الملك له بالعتق وذلك لايجوز لان ماله من الحق قبل العتق لايحتمل الصلة التامة توضيحه أن الأقارب يكثرون فلو تعذر عليه بيعهم اذا دخلوا فى ملكه أدى الى تفويت المقصود بالكتابة وهو تحصيل المال ليؤدى فيعتق ولا يوجد مثل ذلك فى الآباء فلهذا استحسن أبوحنيفة رحمه الله تعالى وان اشترت زوجها لم يفسد النكاح ولها أن تبيعه كالمكاتب لانه انما يثبت لها حق الملك فى رقبة الزوج وحق الملك لا يرفع النكاح لانه أضعف منه والضعيف لا يرفع القوى اذا طرأ عليه وان كان عبد على هذه الصفة فاشترى امرأته كان له أن يبيعها ان لم تكن ولدت منه وان كانت ولدت منه فاشترى ولدها معها فهى بمنزلته لان حق الام تبع لحق الولد وثبوت التبع بثبوت المتبوع وقد امتنع عليه بيع الولد فيمتنع عليه بيع الام أيضاً وان كفل عن المستسعى رجل بسعايته لمولاه فهو باطل لان السعاية كبدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة لانه عبده فلا يتقرر عليه دينه فهذا مثله وان مات ولم يترك مالا حاضراً وترك دينا على الناس فلم يختصموا فى أمره حتى خرج الدين فهو بمنزلة المال الحاضر يؤدى منه سعايته ويكون ما بقى ميراثا والولد الحر والمولود فى السعاية والمشتري فى ذلك سواء لان الكل يعتقون بعتقه ثم يجر ولاء ولده الحر لان الاب فى الولاء أصل كما في النسب وانما كان ولاؤه لموالى الام لعدم الولاء

فى جانب الاب فاذا ظهر الولاء في جانبه انجر اليه ولاء أولاده وسنقرر هـذا في موضعه
وان لم يخرج الدين حتى جني ولده الحر كانت الجناية على عاقلة أمه لانه مولى لموالى الأم
مالم يظهر له ولاء فى جانب الأب فان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولايته قبـل
خروج الدين فقضي به لموالي الام ثم خرج الدين بعـد ذلك كان الدين لموالى الاب كله
لايكون للابن فيه شئ فى القياس ولـكنا ندع القياس ونجعل السعاية للمولى ومابقى ميراثا
للابن وجـه القياس ان القاضي لماحكم بولائه لموالى الام فقد حكم برق الاب الى هـذا
الوقت وهو ميت والرقيق لايرثه الحر توضيحه انه قطعـه عن جانب الاب حـين قضى
بولائه لموالى الام وقضي بجنايته عليهم ووجه الاستحسان ان حكم الـكتابة فيه لـكونه معتق
البعض وذلك لايحتمل الفسخ فيبقى بعد قضاء القاضى حكم الـكتابة فيه على حاله فاذا خرج
ماله يؤدى كتابته ويحكم بحريته مستندا الى حال حياته لانه لايمكن الحكم بحريته مقصوراً
على الحال فتبين أنه مات حراً والحر يرثه ابنه الحر والقاضى ماقضى بقطع نسبه عن أبيـه
ولو كان العبد في سـعاية وله ولد من أمة له ثم مات العبد كان للابن ان يسعي فيما على أبيه
بمنزلة المولود في الـكتابة ولو كان عبد وأمة زوجين لرجل واعتق نصف كل واحد منهـما
وقضى عليهما بالسعاية في نصف قيمتهما ثم ولدت ولداً فقتل الولد وترك مالافديته وماله لأمه
لان الولد جزء من أمه يتبعها فى الملك والرق ولم يعتق فـكان تابعاً لامه داخـلا في سعايتها
فلهذا كان بدل نفسه وماله لها ولو جنى الولد جناية سعي فى الاقل من قيمته ومن الجناية
لانه بمنزلة المـكاتب وهـذا هو الحكم فى جناية المـكاتب ولو مات أبواه سعى فيما بقى على
أمه دون أبيه لانه يتبعها في حكم الـكتابة دون الاب فيقوم مقامها فى السعاية فيما عليها ولو
ماتت أمه عن مال أدي منه سعايتها ومابقى فهو ميراث للابن لانه يعتق بعتقها ولا ميراث
للزوج منها لان الزوج مكاتب مالم يؤد السعاية وان مات الزوج عن مال يؤدى ما عليـه
من سعايته ومابقي ميراث لمعتقه لايرث ابنه ولا امرأته من ذلك شيئاً لانهما بمنزلة المـكاتبين
مالم تؤد الام سعايتها وهذا ومالو كوتب الزوجان كل واحدمنهما بعقد على حـدة سواء فى
جميع ماذكرنا وذكر فى الاصل عن ابراهيم ان معتق النصف اذا جني فنصف جنايته على
العاقلة والنصف عليـه واذا جنى عليه فارش نصف الجناية عليه ارش العبيد وارش النصف
الآخرارش الاحراروكانه اعتبرالبعض بالكل ولسنانأخذ بهذا بل هو بمنزلة العبدفى الجناية

والجناية عليه لان بين الحرية والرق في محل واحد منافاة وقد قررناه فيما سبق واذا شهد الشاهدان على أحد الشريكين أنه أقر بعتق المملوك وهو موسر جاز ذلك وثبوت اقراره بالبينة كثبوته بسماع القاضي منه ويضمن لشريكه ان كان موسرا نصف قيمته ويرجع به على الغلام والولاء له وان كان جاحدا للعتق لان القاضي حكم عليه بخلاف زعمه وبقضاء القاضي سقط اعتبار زعمه بخلافه ألا ترى أن العبد لو كان كله له فشهدا عليه بعتقه كان الولاء له وان كان منكراً وان شهدا أنه أقر أنه حر الاصل عتق ولا ولاء له لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وانما يقضي القاضي على المقر بما يقربه ويجعله في حقه كانه حق وحرية الأصل لاتعقب الولاء وان شهدوا على اقراره أن الذي باعه كان أعتقه عتق كما لو سمع القاضي اقراره بذلك وهذا لانه أقر بنفوذ العتق فيه ممن كان مالكا له وولاؤه موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه فان البائع يقول أنا ما أعتقته وانما عتق باقرار المشتري فله ولاؤه والمشتري يقول بل أعتقه البائع فالولاء له فلهذا توقف ولاؤه على أن يرجع أحدهما الى تصديق صاحبه فيكون الولاء له لان الولاء لايحتمل النقض بعد ثبوته فلا يبطل بالتكذيب أصلا ولكن يبقى موقوفا فاذا صدقه ثبت منه وان شهدا على اقراره أن البائع كان دبره أو كاتب أمه اوأن البائع كان استولدها قبل البيع فانه يخرج كل واحد منهما من ملكه لاقراره انه لم يملكهما بالشراء وأنهما باقيان على ملك البائع ولا يرجع على البائع بالثمن لان اقراره ليس بحجة على البائع في ابطال البيع وقد استحق البائع الثمن به ولا يعتقان حتى يموت البائع فاذا مات عتقا لان المشتري أقر بتعلق عتقهما بموت البائع والبائع كان مقراً بأن اقرار المشتري فيهما نافذ لان يملكهما فعندموت البائع يحصل التصادق منهما على الحرية اذا كان المدبر يخرج من ثلث مال البائع فلهذا يحكم بعتقهما والجناية عليهما كالجناية على مملوكين قبل موت البائع لانهما لايعتقان الا بموته وتوقف جنايتهما في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عليهم السعاية في الاقل من قيمتهما وأرش جنايتهما والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله تعالى لان المشتري ان كان صادقا فوجب جنايتهما على البائع ابتداء لان موجب جناية المدبر وأم الولد القيمة على المولى ابتداء وان كان كاذبا فجنايتهما تتعلق برقبتهما ويخاطب المشتري بذلك ومع جهالة المستحق عليه لا تمكن القاضي من القضاء بشيء فلهذا تتوقف جنايتهما ولكنهما استحسنا فقالا هما بمنزلة

المكاتبين في الحال حتى يكتسبان وينفقان على أنفسهما من كسبهما ولا سبيل لأحد على أخذ الكسب منهما وانما كان موجب جناية المكاتب على نفسه لكونه أحق بكسبه فاذا وجد ذلك المعنى هنا قلنا عليهما السعاية في الاقل من قيمتهما ومن أرش الجناية وكذلك أمة بين رجلين أقر أحدهما أنها ولدت من الآخر وأنكر الآخر ذلك فهي موقوفة تخدم المنكر يوما ويرفع عنها يوم ولا سبيل للمقر عليها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الآخر وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى تسعى في نصف قيمتها للمنكر لان اقرار أحدهما على شريكه بأمية الولد كشهادته عليه بعتق نصيبه وقد بينا أن هناك يسعى للمنكر في نصيبه فكذلك هنا ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هناك تعذر استدامة الملك لان ما أقر به لو كان حقا كان استدامة الملك فيها ممتنعا فلهذا تخرج الى الحرية بالسعاية وهنا ما أقر به من أمية الولد لو كان حقا لم يكن استدامة الملك فيها ممتنعا فلا معنى لايجاب السعاية عليها للمنكر ولكن في زعم المنكر أنها مشتركة بينهما كما كانت وان شريكه كاذب فكان له أن يستخدمها يوما من كل يومين كما قبل هذا الأوان وليس للمقر أن يستخدمها في اليوم الآخر لانه يزعم انها صارت أم ولد لشريكه وان حقه في الضمان قبل شريكه ولا حق له في الاستخدام فلهذا لم يكن للمقر عليها سبيل وجنايتها والجناية عليها تكون موقوفة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى هي بمنزلة المكاتبة تسعى في الجناية عليها بأخذ الارش فتستعين بها هكذا ذكر في الكتاب وهو ظاهر لان عندهما لما قضى عليها بالسعاية في نصيب الجاحد كانت كالمكاتب وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لما كانت موقوفة الحال لا يقضى فيها بشئ فكذلك حكم جنايتها والجناية عليها وقيل الصحيح ان عند أبي حنيفة نصف جنايتها على الجاحد لان نصفها مملوك له مطلقا حتى يستخدمها بقدره والنصف الآخر يتوقف وعلى قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد جنايتها عليها تسعى في الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية لانها أحق بكسبها ألا ترى انها تنفق على نفسها من كسبها ولو جعلناها موقوفة فمن ينفق عليها واذا لم يكن بد من أن تجعل أحق بكسبها كان موجب جنايتها في كسبها كالمكاتبة والله تعالى أعلم بالصواب

باب عتق مافى البطن

﴿ قال ﴾ رجل قال لجاريته كل ولد تلدينه فهو حر فما ولدته فى ملكه فهو حر لان ملك الام سبب لملك الولد فان الجنين يتبع الام فى الملك وقيام سبب الملك عند التعليق كقيام الملك في صحة التعليق ألا ترى ان في اليمين المضاف جعل التعليق بسبب الملك وهو الشراء كالتعليق بالملك ولو كان الملك موجوداً في المحل الذى يلاقيه وقت التعليق كان التعليق صحيحاً فكذلك اذا كان سبب الملك موجوداً ولا يعتق مالم تلد لانه جعل شرط العتق الولادة وان مات المولى وهى حبلى ثم ولدته لم تعتق لانها صارت ملكا للوارث بالموت فانما وجد الشرط بعد زوال ملك المعتق وكذلك لو باعها المولى وهى حبلى جازبيعه لقيام ملكه وقدرته على تسليمها واذا ولدت بعد ذلك لم تعتق لان الشرط وجد فى غير ملك الحالف وان ضرب ضارب بطنها فالقته ميتاً كان فيه مافى جنين الأمة لانه مادام في البطن فهو رقيق ولو كان قال كل ولدتحبلين به فهو حر كان فيه مافى جنين الحر لان شرط العتق هنا وجود الحبل وقد علم أنه كان موجوداً قبل الضرب فانما وجدت جناية الضارب على جنين هو حر وان ولدته بعد البيع لاقل من ستة أشهر فهو حر والبيع باطل لانا تيقنا بوجود الولد قبل البيع وحريته فانما باعها وفى بطنها ولدحر فيكون البيع باطلا ولو قال لها ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كانت جارية فأنت حرة فولدت غلامين وجاريتين فان علم ان الغلام أول ماولدت فهو حر والباقون أرقاء وان علم ان الجارية أول ماولدت فهي مملوكة والباقون مع الام احرار لان بولادة الجارية الاولى عتقت الامة وانما عتقت بعد انفصال هذه الجارية عنها فكانت هى مملوكة والباقون أحرار لانهم انفصلوا منها بعد حريتها والولد لاينفصل من الحرة الاحراً وان لم يعلم أيهم أول يعتق من الام نصفها لانها تعتق في حال وترق فى حال ويعتق ثلاثة أرباع كل واحد من الغلامين لان أحدهما حر بيقين فانها ان ولدت الغلام أولا فهذا الغلام حر وان ولدت الجارية أولا فالغلامان يعتقان بعتق الام فاحدهما حر بيقين والآخر يعتق فى حال دون حال فيعتق نصفه ثم حرية ونصف بينهما نصفان اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته ويعتق من كل واحدة من الجاريتين ربعها لان احداها أمة بيقين والأخرى تعتق في حال دون حال فانها ان

ولدت الغلام أولا فالجاريتان مملوكتان وان ولدت احدى الجاريتين أولا فهذه مملوكة والاخرى حرة فاذا كانت احداهما تعتق فى حال دون حال يعتق نصفها وليست احداهما بأولى من الأخرى فكان نصف الحرية بينهما لكل واحدة منهما ربع حرية وتسعى كل واحدة في ثلاثة أرباع القيمة وان تصادق الام والمولى على أن هذا الغلام أول عتق ماتصادقا عليه والباقون أرقاء لان اليد لهما والقول قول ذى اليد فيمن لا يعبر عن نفسه فى رقه وحريته فان تصادقا على شئ وجب الاخذ بما تصادقا عليه و ن اختلفا فيه فالقول قول المولى مع يمينه لان المعتق هو المولى فكان قوله فى بيان من عتق مقبولا مع يمينه ان ادعت الام خلاف ذلك لانها تدعي عليه مالو أقر به لزمه وانما يستحلف على العلم بالله مايعلم أنها ولدت الجارية أولا لانه يستحلف على فعلها والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم واذا قال لها ان كان حملك غلاما فأنت حرة وان كانت جارية فهى حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما فى البطن قال تعالى أن يضعن حملهن والعدة لا تنقضى الا بوضع جميع ما فى البطن فانما جعل شرط عتقها كون جميع مافى البطن غلاما وشرط عتق الجارية كونها جميع ما فى البطن ولم يوجد ذلك وكذلك قوله ان كان ما فى بطنك لان ماهو من ألفاظ العموم فهو يقتضى أن يكون جميع مافي بطنها بتلك الصفة ولو كان قال فى الكلامين ان كان في بطنك عتقت الجارية والغلام لانه جعل شرط عتقها وجود الغلام فى بطنها وقد تبين أنه كان موجوداً والتعليق بشرط موجود يكون تنجيزاً فعلمنا أنها عتقت قبل انفصال الولدين عنها فيعتق الولدان جميعا واذا قال اذا كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعاً فان علم أن الغلام أول عتقت هى مع ابنتها والغلام رقيق وان علم أنها ولدت الجارية أولا عتقت الجارية والام مع الغلام رقيقان وان لم يعلم واتفق الام والمولى على شئ فكذلك لان اليد لهما وان قالا لا ندرى فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام أولا فهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما ان تعتق بنفسها أو بعتق الام ولو كأن قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية فان ولدت الغلام أولا فالغلام رقيق والام والجارية حرتان وان ولدت الجارية أولا فهم أرقاء فالام

تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها وكذلك الجارية والغلام رقيق بيقين وذكر في الكيسانيات عن محمد رحمه الله تعالى في هذا الفصل أنه لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم أرقاء بخلاف الفصل الاول لانا تيقنا بحرية بعضهم واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية صحيح وهنا لم يتيقن بشيء من الحرية لجواز أنها ولدت الجارية أولا فلا معنى لاعتبار الاحوال ولكنها تدعى عليه شرط العتق وهو منكر فالقول قوله مع يمينه ولو قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة أشهر لا يعتق وان ولدت لأقل من ستة أشهر عتق لانه أوجب العتق لما هو موجود في بطنها واذا ولدت لأقل من ستة أشهر فقد تيقنا أنه كان موجوداً فأما اذا ولدت لستة أشهر فصاعداً لم نتيقن انه كان موجوداً والعلوق يضاف الى أدنى مدة الحمل الا في حالة الضرورة وان ولدت واحداً لأقل منها بيوم والآخر لأكثر منها بيوم عتقا لانا تيقنا بوجود الاول في بطنها وقت اليمين حين ولدته لاقل من ستة أشهر وهما توأم واحد خلقا من ماء واحد فالحكم بوجود احدهما في البطن في وقت حكم بوجودهما واذا أعتق أمته ولها زوج حر فولدت ولداً لستة أشهر فصاعداً بعد العتق فنفاه الزوج لاعن ولزم الولد أمه لان الحل قائم بين الزوجين فانما يستند العلوق الى أقرب الاوقات وهو ستة أشهر وتبين أنها علقت به في حال هما أهل اللعان فيقطع النسب عنه باللعان ويكون ولاؤه لموالى الام لانه لا نسب له من جهة الاب وان وضعته لاقل من ستة أشهر لزم اباه ولاعن أما اللعان فلانه قذفها في الحال وهي محصنة وأما لزوم الولد اباه فلانا تيقنا أن العلوق كان قبل العتق وهي لم تكن من أهل اللعان فلزمه نسب الولد على وجه لا يملك نفيه فلا يتغير ذلك بالعتق بعده وولاء الولد لموالى الام لانه كان موجودا في البطن حين أعتق الام فصار الولد مقصوداً بالعتق وله ولاء نفسه ولو قال لامته ان كنت حبلى فأنت حرة فان ولدت لأقل من ستة أشهر فهي حرة وولدها لانه تبين أنه كان منجزاً عتقها بالتعليق بشرط موجود وان ولدت لستة أشهر أو أكثر لم تعتق لانا لم نتيقن بوجود الشرط لجواز أن يكون هذا الولد من علوق حادث وما لم نتيقن بوجود الشرط لا ينزل الجزاء ولو قال لها ما في بطنك حر فضرب رجل بطنها بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر فألقت جنينا ميتا ففيه ما في جنين الحرة لانا علمنا أنه كان موجوداً في بطنها حين قال ذلك وانه حكم بعتقه

﴿فان قيل﴾ فلعله كان ميتاً واعتاق الميت باطل ﴿قلنا﴾ قد ظهر لموته سبب وهو الضرب فيحال بالحكم عليه ولما حكمنا بوجوب الضمان على الضارب فقد حكمنا بحياته الي هذا الوقت فعلي الجاني ما في جنين الحرة ولو قال لها ان كان أول ما تلدينه غلاما ثم جارية فانت حرة وان كانت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلامين وجاريتين لا يعلم أيهما أول عتق نصف الأم وربع الاولاد لانها ان ولدت الغلام أولا ثم الجارية فالأم حرة وان ولدت الجارية أولا ثم الغلام فالام رقيقة فهي تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها وأحد الغلامين رقيق بيقين والآخر يعتق في حال دون حال فيعتق ربع كل واحد منهم ولا يقال من الجائز انها ولدت الغلامين أولا ثم الجاريتين لان هذا بمنزلة ولادة الغلام أولا ثم الجارية واذا ولدت الجاريتين أولا ثم الغلامين فهذا بمنزلة ولادة الجارية أولا ثم الغلام لان الشرط ولادة الغلام بعد ولادة الجارية وقد وجد سواء تخلل بينهما ولادة جارية أخرى أو لم يتخلل وان ولدت غلاما وجارية في بطن لا يعلم أيهما أول عتق نصف الأم ونصف الغلام لان الام تعتق في حال دون حال وكذلك الغلام فيعتق نصف كل واحد منهما والابنة أمة لانها ان ولدت الغلام أولا ثم الجارية فانما عتقت الام بعد انفصال الجارية فهي أمة وان ولدت الجارية أولا فهي أمة فعرفنا ان رقها متعين وان قال أول ولد تلدينه فانت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت لان الميت ولد كالحي ألا ترى ان الجارية تصير به أم ولد والمرأة تصير به نفساء فيتم شرط عتقها بولادته ولو كان قال هو حر لا ينحل يمينه بولادة الميت حتى اذا ولدت ولداً حيا بعد ذلك عتق الولد الحي في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولم يعتق في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وجه قولهما ان انحلال شرط اليمين تحقق بولادة الولد الميت وليس من ضرورة انحلال اليمين نزول الجزاء ألا ترى أنه لو قال أول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً لغيره انحلت اليمين حتى لو اشترى بعد ذلك عبداً لنفسه لم يعتق والدليل عليه أنه لو قال أول ولد تلدينه فهو حر وامرأته طالق فولدت ولداً ميتا وقع الطلاق ثم عندكم لو ولدت ولداً حيا بعد ذلك يعتق الحي وهذا لا وجه له لان الشرط ان صار موجوداً بولادة الميت انحلت اليمين وان لم يصر موجوداً فينبغي أن لا يقع الطلاق والدليل عليه ان هذا الحي ثاني ولد حتى لو قال ثاني ولد تلدينه فهو حر يعتق هذا ولا يكون الشخص الواحد أولا وثانيا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما حكى

عن أبي سعيد البردعى رحمه الله تعالى أنه كان يقول الولد الميت ولد في حق الغير حتي أن العدة تنقضي به والجارية تصير أم ولد وليس بولد فى حق نفسه حتي لايسمى ولا يصلى عليه فاذا كان الجزاء عتق الام أو طلاق المرأة كان الميت ولدا فيه واذا كان الجزاء عتق الولد لم يكن الميت ولدا فيه ولكن هذا تشه ومع أنه تشه لامعنى له فانه يقال ينبغى أن يجعل ولداً في حق المولى حتي يحل يمينه به وينبغي أن يجعل ولداً فى حق الولد الثانى حتى لا يعتق فالوجه الصحيح أن يقول جازى بكلامه مالا يجازى به الا الحى فتصير الحياة مدرجة فى كلامه ويكون المضمر كالمصرح به فكأنه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر وانما قلنا ذلك لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن ولا يصح هذا الكلام الا باضمار الحياة في الولد لان الاعتاق احداث القوة وذلك يتحقق فى الحى دون الميت فتبين بقوله فهو حران حياة الولد مضمر في كلامه ألا ترى أنه لو قال اذا ولدت ولداً ميتا فهو حر كان كلامه لغوا وبه فارق الطلاق وعتق الام لانه لا حاجة فى تصحيح ذلك الكلام الى اضمار الحياة في الولد ألا تري أنه لو صرح بموت الولد كان التعليق صحيحاً ثم ماثبت بطريق الاقتضاء يجعل ثابتا للحاجة والضرورة ففيما تحقق فيه الحاجة يجعل مدرجا فى كلامه وفيما لا تحقق فيه الحاجة لايجعل مدرجا ولا يبعد أن يكون الشرط واحداً ثم يحكم بوجوده فى بعض الجزاء دون البعض كما لو قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت تصدق فى وقوع الطلاق عليها دون ضرتها ولما ثبت أن الحياة مدرجة فى كلامه فالذي ولدته بعد الميت أول ولد حيّ وان كان فى الصورة ثاني ولد وليس هذا كقوله أول عبد اشتريه فهو حر لان المشترى لغيره محل للعتق ألا ترى أن العتق ينفذ فيه من مالكه ومن المشتري موقوفا على اجازة مالكه فلا حاجة الى اضمار الشراء لنفسه لتصحيح الكلام وههنا الميت ليس بمحل للعتق أصلا فلهذا جعلنا الحياة مدرجة في كلامه وان قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولداً وشهدت امرأة على الولادة وكذبها المولى وقال هذا عبدى من غيرها لم يعتق بشهادة امرأة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي يعتق وقد تقدم نظيره في الطلاق وقد بينا أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى بشهادة القابلة انما يثبت ما هو من أحكام الولادة على الخصوص والعتق ليس من أحكام الولادة على الخصوص وعندهما لما قبلت شهادة القابلة فى حق نسب الولد

فكذلك تقبل فيما جعل بناء على الولادة ألا ترى أنه لو قال ان كان بها حبل فهو مني ثم جاءت امرأة تشهد على الولادة بعد هذا القول بيوم صارت أم ولده وبالاستيلاد يثبت حق الحرية ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يفرّق فيقول الاستيلاد من أحكام نسب الولد فأما هذا العتق ليس من حكم الولادة وشهادة القابلة حجة ضرورية فلا تكون حجة الا فيما هو فى حكم الولادة وان قال لها أنت حبلى فاذا ولدت فأنت حرة فشهدت امرأة على الولادة عتقت لا بشهادة القابلة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بل بمجرد قول الامة لانه لما أقر بأنها حبلى فقد جعل شرط وقوع العتق عليها ظهور ما هو موجود في بطنها وقد ظهر بقولها كما اذا قال لها اذا حضت فأنت حرة وقد تقدم نظير هذا فى الطلاق واذا قال لها اذا حبلت فأنت حرة ثم وطئها فينبغي له فى الورع والتنزه ان يعتزلها حتى يعلم أحامل هي أم لا لان سبب الحبل هو الوطء فبعد ماوطئها يحتمل انها قد حبلت وقد عتقت فلو وطئها كان حراما عليه والتحرز عن الحرام واجب فلهذا نأمره على طريق التنزه ان يعتزلها فاذا حاضت علمنا انها ليست بحامل فيطأها مرة أخرى بعد ماتطهر وهكذا دأبه ودأبها وان ولدت بعد هذه المقالة لا كثر من سنتين وقد وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقر لانا تيقنا بوجود شرط العتق بعد اليمين وتيقنا بانه وطئها بعد ماعلقت فانما وطئها وهي حرة بالشبهة فعليه العقر وان ولدته لاقل من سنتين لم تعتق لانا لم نتيقن بوجود الشرط وهو الحبل بعد اليمين لجواز ان يكون هذا الولد من علوق كان قبل اليمين ﴿فان قيل﴾ فأين ذهب قولكم ان يستند العلوق الى أقرب الاوقات ﴿قلنا﴾ نعم يستند العلوق الى أقرب الأوقات اذا لم يكن فيه اثبات العتق بالشك لان العتق بالشك لا ينزل وقد تقدم نظيره فى الرجعة فى الطلاق واذا قال لامتيه ما في بطن احدا كما حر فله ان يوقع على أيهما شاء لان مافى البطن فى حكم العتق كالمنفصل وقد بينا فى المنفصل أنه لو أوجب العتق فى غير المعين كان البيان اليه فكذلك فيما في البطن فان ضرب انسان بطن احداهما فالقت جنينا ميتا وقع العتق على مافي بطن الاخرى لان الذى انفصل ميتاً خرج من ان يكون محلا للعتق ومزاحما للآخر فيما أوجب فيتعين العتق فى الآخر ضرورة ولو ضرب بطن كل واحدة منهما رجل معاً فالقتا جنينين ميتين لاقل من ستة أشهر منذ تكلم بالعتق كان على كل واحد منهما مافى جنين الامة لان كل واحد من الجنينين كان مملوكا يقينا وبعد ايجاب العتق فى المجهول بقيا كذلك وقد بينا في المنفصلين أنه لو قتل

كل واحد منهما رجل كان على كل واحد من القائلين قيمة مملوك فهذا مثله وان قال ما في بطن هـذه حر وما في بطن هذه حر أو سالم عتق ما في البطن الاولى والخيار بين سالم وما في بطن الثانية اليـه لانه أوجب العتق لما في بطن الأولى بعينها وخير نفسه بين عتق ما في بطن الثانية وسالم لانه ادخل بينهما حرف أو وذلك للتخيير فكانه قال ما في بطن هـذه حر واحـد الآخرين فيعتق الأول بعينـه والخيار اليه في الآخرين يوقع العتق على أيهما شاء واذا قال لامتيـه ما في بطن احداكما حر ثم خرجت احـداهما وجاءت أخرى فقال ما في بطن احـداكما حر ثم ولدن كلهن لاقل من ستة أشهر فالقول فيـه قول المولى وأصـل هـذه المسألة في العبيد ذكرها في مواضع من الكتب والتخريج في الكل واحـد فنقول رجـل له ثلاثة أعبـد دخـل عليـه اثنان فقال احـدكما حر ثم خرج احـدهما ودخل الثالث فقال احدكما حر فالبيان الى المولى لان الابهام كان منه ولان حكم الكلامين يختلف ببيانه فان قال عنيت بالكلام الاول الثابت أو أعنيـه الآن واختاره عتق الثابت بالكلام الاول وتبين أنه في الكلام الثاني جمع بين حر وعبد وقال احـدكما حر فلا يجب به شيء اذا لم ينو العبـد وان قال عنيت بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول وصح الكلام الثاني لانه جمع فيه بين عبدين فقال احدكما حر فالبيان اليـه فان بين أولا أنه عنى بالكلام الثاني الثابت تعين الخارج بالكلام الاول لان الثابت خرج من مزاحمة الخارج في موجب الكلام الاول حين انشأ عتقه بعـده وان قال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ولا بد من أن يبين مراده بالكلام الاول وان مات قبل أن يبين عتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل نصفه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وربعه في قول محمد رحمه الله تعالى لانه وجب بالكلام الاول حرية تتردد بين الخارج والثابت وقد فات البيان بموت المولى فيشيع فيهما فلهذا يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت نصفه بالكلام الاول والكلام الثاني لا يجب به شيء ان كان المراد بالكلام الاول الثابت ويجب به حرية ان كان المراد بالكلام الاول الخارج فأوجبنا به نصف حرية باعتبار التردد ثم هذا النصف يتردد بين الثابت والداخل فيكون نصفه وهو الربع للثابت فاجتمع له ثلاثة أرباع حرية وحصـل للداخل ربع حرية بالكلام الثاني فلهذا قال محمد رحمـه الله تعالى يعتق منه ربعـه ولانه شريك الثابت في الكلام الثاني فلا يصيب الا قدر ما يصيب

الثابت بهذا الكلام وشبه هذا بمن له ثلاث نسوة لم يدخل بشئ منهن قال لاثنتين منهن احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت الثالثة فقال احداكما طالق ثم مات قبل ان يبين يسقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثانية ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه للطريق الذي قلنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالا الكلام الثاني صحيح على كل حال فان كان مراده الثابت عتق به ما بقي وهو النصف وان كان مراده الداخل عتق به كله فالداخل يعتق في حال ولا يعتق في حال فيعتق نصفه وبيان هذا الكلام اما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لان الحرية الاولى لما شاعت فيهما كان الثابت معتق البعض ومعتق البعض عنده بمنزلة المكاتب أهل لانشاء العتق فيه فيصح الكلام الثاني على كل حال وعلى قول أبي يوسف رحمه الله العتق لا يتجزأ بعد وقوعه على محل بعينه بعد وقوعه ولم يكن واقعا على الثابت حين تكلم بالكلام الثاني فصح الكلام الثاني وأما مسألة الطلاق فقد قيل هو مذكور في الزيادات وهو قول محمد رحمه الله فأما عندهما يسقط من مهر الداخلة ربعه وبعد التسليم الفرق واضح على أصل أبي حنيفة رحمه الله لان الطلاق عنده لا يتجزأ بخلاف العتق فالكلام الثاني ليس بصحيح على كل حال وانما الاشكال على قول أبي يوسف رحمه الله والفرق أنه يوجد شخص متردد الحال بين الرق والحرية ويكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب والثابت بهذه الصفة حين تكلم بالكلام الثاني فأمكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه على كل حال فأما الطلاق لا يوجد شخص متردد الحال بين أن تكون مطلقة ومنكوحة ثم يصح وقوع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه ﴿قلنا﴾ ان كان صحيحا يسقط به نصف مهر وان لم يصح لم يسقط به شئ فسقط به ربع مهر ثم يتردد هذا الربع بين الثابتة والداخلة فيصيب الداخلة نصف الربع وهو الثمن فلهذا سقط ثمن مهرها وان كان المولى قال ذلك في مرضه ومات قبل البيان ولا مال له سواهم فانهم يقتسمون الثلث على قدر حقهم فيضرب الخارج في الثلث بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهمين في قولهما فيكون الثلث بينهم على سبعة والقسمة من احد وعشرين كل رقبة سبعة فيستسعى الخارج في خمسة أسباعه وكذلك الداخل والمقيم في أربعة أسباعه وعلى قول محمد رحمه الله تعالى الداخل انما يضرب بسهم واحد فيكون الثلث بينهم على ستة والقسمة من ثمانية عشر يسعى الخارج في ثلثي قيمته والثابت في نصف قيمته والداخل في خمسة أسداس قيمته اذا عرفت

هذا التخريج في العبيد فكذلك فيما في بطن الجواري لأن الجنين في حكم العتق كالمنفصل وان قال لامته قد أعتقت مافي بطنك على ألف درهم عليك فقبلت ثم وضعت غلاما لاقل من ستة أشهر فهو حر لانا تيقنا أنه كان موجوداً في البطن حين علق العتق بقبولها المال وقد وجد منها القبول والمال باطل لانه لا يمكن ايجابه على الجنين لان المولى شرطه على الام دون الجنين ولانه لاولاية للام على الجنين في الزام المال اياه ولا يمكن ايجابه على الام لان الجنين في حكم العتق كشخص واحد على حدة واعتاق شخص ببدل على شخص آخر لايجوز وهذا بخلاف الطلاق فانه لو طلق امرأته بمال على أجنبي وقبل الاجنبي ذلك وجب المال عليه ولو أعتق عبده بمال على أجنبي وقبل الاجنبي ذلك لايلزمه المال لان المولى منتفع بالعتق من حيث تحصيل الثواب لنفسه في العقبي والولاء في الدنيا ومن انتفع بملك نفسه لا يستوجب بدله على غيره بالشرط كمن أكل طعام نفسه ببدل على غيره فأما الزوج غير منتفع بالطلاق ولكنه مبطل لملكه فاذا شرط بدلا على غيره والتزمه ذلك الغير كان صحيحاً كالعفو عن القصاص والابراء عن الدين ولو ولدت الامة غلاما ثم كاتبت على نفسها وعليه ألف درهم أجزت ذلك والتزمه ان كبر أو عقل فرضي وفرض الجواب على هذا الموضع انما يستقيم على طريقة القياس فاما على طريقة الاستحسان على ماذكره في الجامع وغيره من المواضع غير مستقيم بل الصحيح من الجواب ماذكره في رواية أبي حفص رحمه الله تعالى أن المكاتبة تجوز وتلزم الام ولا يلزم الغلام من المال شئ ولكن يعتق بأدائها وهذا لانه لاولاية للام على الولد في الزام بدل الكتابة اياه فيكون هذا بمنزلة مالوكاتب له عبداً حاضراً وعبداً له غائبا على ألف درهم في القياس يتوقف العقد في حق الغائب على اجازته لانه ليس للحاضر عليه ولاية وفي الاستحسان ينفذ العقد وتكون الالف كلها على الحاضر بقبوله فكان المولى شرط البدل كله عليه وجعل عتق الآخر معلقا بأدائه وذلك صحيح بدون القبول من الآخر فكذلك في هذه المسئلة ﴿ قال ﴾ ورأيت في بعض النسخ زيادة ألف في وضع هذه المسئلة قال فكاتبها على نفسها أو عليه على ألف درهم وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الامالي في وضع هذه المسئلة انها كاتبت عليه فعلى هذا الجواب مستقيم لان المقصود بالكتابة الولد دون الام فان لم تكن الام داخلة في العقد يعتبر وجود القبول من الابن اذا كبر أو عقل ومقصوده الفرق بين حالة الاجتنان في

البطن وما بعد الانفصال فان فى حالة الاجتنان فى البطن لايتوقف لانه لاولاية لاحد عليه فى حالة الاجتنان وانمايتوقف ماله مجيز حال وقوعه فاما بعد الانفصال قد تولى عليه فى هذا العقد لماله فيه من المنفعة له فيتوقف على اجازته واذا كبر أو عقل فرضي لزمه المال ولو قال لامته مافى بطنك حرمتى ما أدى الى الفا فوضعته لاقل من ستة أشهر فتى ماأدى فهو حر لان مافى البطن في تنجيز العتق كالمنفصل فكذلك في تعليق عتقه بأدائه المال بخلاف الكتابة لان فيها الزام المال اياه ولاولاية لاحد عليه فى ذلك وليس فى التعليق الزام المال اياه بل التعليق يتم بالمعلق وحده وكلامه قبل الانفصال وبعده سواء ولوقال بعد الانفصال متى أدى الى هذا المولود ألفا فهو حر صح وعتق اذا أدي فكذلك اذا قال قبل الانفصال ولو قال لثلاث اماء له مافي بطن هذه حر ومافى بطن هذه أو في بطن هذه عتق مافى بطن الاولى وهو مخير في الباقيتين لادخاله حرف التخيير بين الثانية والثالثة ولو قال ان كان مافى بطن جاريتى غلام فاعتقوه وان كانت جارية فاعتقوها ثم مات فكان فى بطنها غلام وجارية فعلى الوصى أن يعتقهما من ثلثه وكان ينبغي على قياس ماسبق ان لايعتق واحدا منهما لانه شرط ان يكون جميع مافى بطنها غلاما أو جميع مافي بطنها جارية وقد تقدم نظيره في التخيير ولكنه في هذا الموضع اعتبر مقصود المولى وهو الوصية باعتاق الغلام عنه وباعتاق الجارية وكلامه هذا ليس بتعليق فكانه قال اعتقوا مافى بطنها غلاما كان أو جارية أو كلاهما فيجب على الوصى أو الورثة تنفيذ الوصية فيهما من ثلثه وان قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وان كانت جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين لايعلم أيهما أول عتق نصف الام لانها تعتق فى حال وهو ان تكون ولادة الغلام أولا ولا تعتق فى حال وهو أن تكون ولادة الجارية أولا فيعتق نصفها ونصف الغلام أيضاً لانها ان ولدت الجارية ثم الغلام فالغلام حر وان ولدت الغلام أولا فالغلام رقيق فيعتق نصفه قال ويعتق من كل واحدة من الجاريتين ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها ﴿قال﴾ أبو عصمة رحمه الله وهذا غلط بل الصحيح أنه يعتق من كل واحدة منهما ثلاثة أرباعها وتسعى في الربع لان احداهما حرة بيقين فانها ان ولدت الغلام أولا عتقت الام والجاريتان تعتقان بعتقها وان ولدت الجارية أولا ثم الغلام عتقت احدى الجاريتين فاحداهما حرة بيقين والاخرى تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها فيكون السالم لهما حرية ونصف بينهما لكل واحدة ثلاثة أرباع الحرية ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى

من تكلف لتصحيح جواب الكتاب فقال احدى الجاريتين مقصودة بالعتق في حال فلا يعتبر مع هذا جانب التبعية بينهما واذا سقط اعتبار جانب التبعية فاحداهما تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها ثم هذا النصف بينهما لاستواء حالهما فانما يعتق من كل واحدة ربعها ولكن هذا يكون مخالفا فى التخريج للمسائل المتقدمة اذا فالأصح ما قاله أبو عصمة رضى الله عنه واذا كانت الامة بين رجلين فأعتق احدهما ما في بطنها وهو غني ثم ولدت بعد ذلك بيوم غلاما ميتا فلا ضمان على المعتق لان نفوذ عتقه لا يكون الا باعتبار حياة الجنين ولم يعلم ذلك حقيقة ولا حكما حين انفصل ميتا والضمان بالشك لا يجب وان كان رجل ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب ما فى جنين الامة نصف عشر قيمته ان كان غلاما وعشر قيمتها ان كانت جارية وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العتق عنده يقتصر على نصيب المعتق من الجنين ويبقى الرق فيه باعتبار نصيب الشريك فلهذا يجب على الضارب مافى جنين الامة ثم يكون على المعتق نصف ذلك لشريكه لان جنايته انما ثبتت بما وجب من الضمان على الضارب فيتقدر حكم الضمان بقدر ذلك فلهذا كان على المعتق نصف ذلك لشريكه ثم يرجع به فيما أدى الضارب لانه بدل نفسه فيكون تركة له وقد بينا أن المعتق اذا ضمن يرجع بما ضمن فيما تركه معتق البعض بعد موته ثم الباقي ميراث عنه للذى أعتقه ان لم يكن له وارث أقرب منه من أخ أو نحوه لان الولاء في جميعه للمعتق حين ضمن نصيب شريكه وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يجب على الضارب ما يجب في جنين الحرة لان العتق عندهما لا يتجزأ ويكون ذلك كله للمعتق ميراث بولائه ويكون على المعتق نصف قيمته لشريكه معتبراً بوقت الانفصال لان ضمان العتق انما يعتبر بوقت الاعتاق ولكن يتعذر الوقوف على ذلك لكونه مجتناً فى البطن فيعتبر قيمته بأقرب أوقات الامكان وذلك بعد الانفصال وان لم يضرب بطنها أحد ولكن ولدت بعد العتق بيوم ولداً حيا ثم مات فعلى المعتق نصف قيمته معتبراً بوقت الانفصال لما بينا فان لم تلد حتى أعتق الآخر الام وهو موسر ثم ولدت فاختار شريكه أن يضمنه نصف قيمة الام فله ذلك لانه بعد اعتاق الجنين كان متمكنا من استدامة الملك فى الام وقد أفسد شريكه ذلك حين أعتقها فله أن يضمنه نصف قيمتها ويرجع بذلك الضمان على الأمة وولاء الامة للذى أعتقها وولاء الولد بينهما فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى

لانهما أعتقاه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولاء الولد كله لمعتق الولد وان دبر أحدهما ما في البطن ثم أعتق الآخر الام البتة وهو غني ثم ولدت بعده بيوم فان الذي أعتق الام يضمن نصف قيمة الام ويرجع بذلك عليها ويكون ولاء الأم للذي أعتقها لما بينا وولاء الولد لهما جميعاً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان تدبير المدبر اقتصر على نصيبه فاستحق نصف ولاء الولد والنصف الآخر من الولد انما عتق باعتاق الشريك الذي أعتق الام فلهذا كان ولاء الولد بينهما واما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى التدبير لا يتجزأ فصار كله مدبراً للذي دبره واستحق ولاء جميعه ويكون هو ضامناً نصف قيمة الولد لشريكه موسراً كان أو معسراً ثم الشريك باعتاق الام يصير ضامنا له نصف قيمتها وولاء الام لمن أعتقها وولاء الولد للمدبر لانه استحق ولاءه وان عتق بعد ذلك تبعاً للام فلهذا كان له ولاء الولد والله أعلم بالصواب

باب العتق على المال

﴿ قال ﴾ رجل أعتق عبده على مال من عروض أو حيوان أو غير ذلك أو باعه نفسه أو وهب له نفسه على ان يعوضه كذا فهو جائز واذا قبله العبد فهو حر في جميع أحكامه لانه علق عتقه بقبول المال ولانه جعل التزام المال من العبد بمقابلة العتق وقد وجد ذلك بقبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه فان العبد ليس من أهل أن يملك مالية نفسه فيبطل ملك المالية باعتاق المولى وتحدث القوة للعبد بايجاب المولى وهو موجب للولاء بعوض كان أو بغير عوض والمال دين على العبد لانه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام فيها وتأيدت بالعتق ويجوز وجوب المال عليه وان لم يملك ما يقابله من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وعلى القاتل بقبول الصلح وان كان لا يملك شيئاً بمقابلته ولهذا كل مايصلح التزامه عوضا في الطلاق يصلح التزامه عوضا هنا وان اختلفا في المال في جنسه أو مقداره فالقول قول العبد لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثباته الزيادة أو لانه يثبت حق نفسه ببينة ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف درهم فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد

غائبا ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله والمولى منكر لذلك فالقول قوله كما لو قال له قلت لك أمس أنت حر ان شئت فلم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف ما لو قال لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف درهم فلم تقبل وقال المشتري قبلت فالقول قول المشترى لان البائع أقر بالبيع ولا يكون البيع الا بقبول المشترى فهو في قوله لم يقبل راجع عما أقر به واذا أعتقه على مال حال أو مؤجل فله أن يشترى بذلك المال منه مابداله يدا بيد لانه دين يجوز الابراء عنه ولا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز الاستبدال به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام في الشرع ولو أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تدع شيئاً فليس على الولد من ذلك المال شئ لانه انفصل عنها بعد حريتها فكان حراً وليس على الحر شئ من دين مورثه اذا مات ولو أعطته فى حياتها كفيلا بالمال الذى أعتقها عليه جاز لانها حرة فثبت المال دينا عليها بصفة القوة والكفالة بمثله من الديون صحيحة بخلاف بدل الكتابة وان قال لعبده اذا أديت الىّ فأنت حر لم يكن مكاتبا ولم يعتق حتى يؤدى لان الكتابة توجب المال على المكاتب بالقبول فيثبت له بمقابلته ملك اليد والمكاسب وهنا المال لا يجب على العبد فلا يثبت له ملك اليد والمكاسب ولكن هذا اللفظ من المولى تعليق لعتقه باداء المال فيكون كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لايحتاج فيه الى قبول العبد ولا يبطل بالرد ولايمتنع علي المولى بيعه ولكن متى جاء بالمال عتق وليس للمولى أن يمتنع من قبوله عندنااستحسانا وفى القياس له ذلك وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه تعليق العتق بالشرط فلا يجبر المولى على ايجاد الشرط كما لو علقه بسائر الشروط واذا لم يكن مجبراً على ايجاد الشرط لايتم الشرط بفعل العبد لان الشرط ان يتصل بالمولى نص على ذلك بقوله ولا يتصل به الا بقبوله ودليل الوصف أنه لا يسرى الى الولد ولا يمتنع عليه بيعه ولا يصير العبد أحق بمكاسبه ولا يحتمل الفسخ والدليل عليه أنه لو باعه ثم اشتراه ثم جاء بالمال لم يجبر على قبوله فكذلك قبل البيع لان حكم التعليق بالشرط لايختلف بما قبل البيع وبعده وجه الاستحسان أنه مملوك تعلق عتقه بأداء مال معلوم الى المولى فاذا خلى بين المال والمولي يعتق كالمكاتب وتأثيره أن هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المعنى والمقصود كتابة لانه حثه على اكتساب المال ورغبه فى الاداء بما جعل له من العتق وليست الكتابة الا هذا وهذا المال عوض من

وجه ألا ترى أن في زوجته الطلاق بهذه الصفة يكون بائناً وان المولى لو وجد المال زيوفا فرده كان له أن يستبدله بالجياد وما تردد بين أصلين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه التعليق في الابتداء لمراعاة لفظ المولى ودفع الضرر عنه ووفرنا عليه معنى الكتابة في الانتهاء دفعا للضرر والغرور عن العبد فقلنا كما وضع المال بين يدي المولي يعتق يدل عليه انه علق العتق بفعل يباشره العبد وهو الاداء وفي مثله لا يكون للمولى أن يمتنع منه ولا أن يمنع عبده من ذلك الفعل كما لو قال له أنت حر ان شئت فشاء العبد في المجلس يعتق وليس للمولى أن يمتنع من ذلك الفعل فأما اذا باعه ثم اشتراه قد روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه اذا جاء بالمال يعتق وهذا وما قبل البيع سواء لان التعليق لا يبطل بالبيع وعلى ما ذكره في الزيادات أنه لايجبر المولى على القبول والعذر واضح فان معنى التعليق لا يبطل بالبيع ولكن معنى الكتابة يبطل بنفوذ البيع فيه واجبار المولى على القبول كان من حكم الكتابة وقد بطل ذلك بنفوذ البيع فيه فلهذا لا يجبر على القبول بعده فأما قبل البيع معنى الكتابة باق كما بينا ولسنا نعني بقولنا يجبر المولى على القبول الاجبار حساً وانما نعني أن بمجرد التخلية بينه وبين المال يعتق وليس للمولى أن يمتنع عنه واذا أحضر العبد المال لا يمكن المولى من أن يهرب منه ثم لا يعتق العبد الا بأداء جميع المال لان الشرط لا يتم الا به حتى لو بقي من المال درهم فهو عبد على حاله ولمولاه أن يبيعه وكذلك لو كان قال له ان أديت الي ألفا الا أن هذا على المجلس في ظاهر الرواية وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أنه لا يتوقت بالمجلس كالتعليق بسائر الشروط وجه ظاهر الرواية أنه بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لانه يتخير بين الاداء والامتناع منه فكما يتوقت بالمجلس اذا قال له أنت حر ان شئت فكذلك هذا توضيحه أنه في الكتابة يحتاج الى القبول في المجلس والاداء هنا بمنزلة القبول هناك من حيث أن حكم الكتابة يثبت به فيعتبر وجود الاداء في المجلس هنا اذا لم يكن في لفظه ما يدل على الوقت كما يعتبر القبول في المجلس في الكتابة وإن اختلفا في مقدار المال فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف مسألة أول الباب فان العبد هناك عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه وهنا لا يعتق الا بالاداء فانما وقع الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فلهذا كان القول قول المولى فيه وان أقاما البينة فالبينة بينة العبد لانه لامنافاة بين

البينتين فيجعل كان الامرين كانا فأي الشرطين أتي به العبد يعتق ولان البينات للالزام وفى بينة العبد معني الالزام فانها اذا قبلت عتق العبد بأداء الخمسمائة وليس في بينة المولى الزام فانها وان قبلت لا يجبر العبد على أداء المال واذا قال لأمته اذا أديت الىّ ألفا فأنت حرة فولدت ولداً ثم أدت لم يعتق ولدها معها لانها انما عتقت عند الاداء وقد انفصل الولد عنها قبل هذا فلا يسري اليه ذلك العتق وقد بينا أن حكم الكتابة لايثبت بهذا اللفظ قبل الاداء فبقى ولدها مملوكا للمولى مطلقاً وان أدت الالف من مال مولاها عتقت لوجود الشرط وللمولى أن يرجع عليها بمثله لان مقصود المولى لم يحصل بها فان مقصوده ان يحثها على الاكتساب لتؤدى من كسبها فيملك المولى مالم يكن له ملكا قبل هذا وبأداء مال المولى اليه لايحصل هذا المقصود فيرجع عليها بمثله دفعاً للضرر عنه وكذلك ان أدت من كسب اكتسبه قبل هذا القول لان ذلك الكسب من ملك المولى قبل التعليق ولو أدته من كسب اكتسبته بعد هذا القول لم يرجع المولى عليها بشئ آخر لان مقصوده قد تم فان استحق المقبوض من يد المولى لم يبطل العتق لان الشرط تم باداء المستحق والعتق بعد وقوعه لايحتمل الفسخ وللمولى ان يرجع عليها بمثله لان مقصوده لم يحصل بهذا الاداء ولو كان المولى مريضا حين قال لها ان أديت الى الفا فأنت حرة فاكتسبت وأدت ثم مات المولى من مرضه فانها تعتق من ثلثه في القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان كسبها ملك المولى فلا يكون ملكه عوضا عن ملكه والعتق فى المرض بغير عوض يكون معتبراً من الثلث وفي الاستحسان تعتق من جميع ماله لان المؤدى في حكم العوض حتى اذا وجده زيوفا استبدله بالجياد ولان الضرر مندفع عن الورثة حين استوفى المولى منها مقدار ماليتها وهذا بناء على اعتبار معنى الكتابة فيه عند الاداء استحسانا ولو قال لها اذا أديت الى الفا كل شهر مائة فأنت حرة وقبلت فهذه مكاتبة وليس له ان يبيعها وان أدت عتقت وان كسرت شهراً واحداً ثم أدت اليه ذلك الشهر كان جائزاً هكذا فى نسخ أبى سليمان وفى نسخ أبي حفص رضى الله عنه قال لاتكون مكاتبة وله ان يبيعها قبل الاداء ولو كسرت شهراً ثم أدت فى الشهر الثانى لم تعتق وجه رواية أبي حفص رضي الله عنه أن تعليق العتق بشرط واحد وبشروط كثيرة سواء كما فى سائر الشروط وليس فى هذا أكثر من أنه علق عتقه بوجود اداء المائة عشر مرات

في عشرة أشهر ولو علقه بأداء الالف جملة واحدة لم تكن مكاتبة ولا تعتق الا بوجود صورة الشرط فكذلك اذا علقه بالاداء عشر مرات ووجه رواية أبي سليمان رضى الله عنه انه أتي بمعني الكتابة حين جعل المال مؤجلا منجما عليه والتأجيل والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة فى العقود للمعانى دون الالفاظ ألا ترى أنه لو قال ملكتك هـذا العبد بكذا كان بيعاً وان لم يصرح بلفظ البيع ولان التأجيل والتنجيم للتيسير وذلك فى المال الواجب فعرفنا أنه قصد ايجاب المال عليه ولا يجب عليه المـال الا بالكتابة ولو قال لهـا اذا أديت الىّ ألفا فى هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدها فى ذلك الشهر وأدتها فى غيره لم تعتق علي الروايتين جميعا وبهذا استشهد في نسخ أبى حفص ووجه الفرق على رواية أبى سليمان أنه ليس في هذا اللفظ ما يدل على معنى الكتابة من التنجيم والتيسير على العبد بل فيه اشتراط تعجيل أداء المـال فلم يكن كتابة وقد فات الشرط بمضي الشهر قبل أدائه فلهذا لا يعتق بخـلاف ما اذا صرح بالتنجيم واذا قال متى أديت الىّ ألفا فأنت حرة فمات المولى قبل الاداء بطل هذا القول كما يبطل التعليق بسائر الشروط اذ لا فائدة في بقائه بعد موت المولى لانها صارت مملوكة للوارث فلا يتوهم وجود الشرط بعد هذا على ملك المولى لتعتق به بخلاف الكتابة فان المكاتب ثبت له حكم المالكية يداً بعقد الكتابة فلا يصـير ملكا للوارث ولكن يبقى على حكم ملك المولى حتى يعتق بأدائه وان كان قال ان أديت ألفا بعد موتى فأنت حرة فهذه وصية لان العتق بمـال والعتق بغير مال في صحة ايجابه من المولى سواء ولو قال أنت حرة بعـد موتى كان صحيحاً فكذلك اذا قال اذا أديت ألفا بعد موتى فأنت حرة اذا جاءت بالمال فعلى الوصى أن يقبله منها ويعتقها ثم ان كانت قيمتها ألف درهم أو أقل فليس عليهـا شئ آخر استحسانا وان كانت قيمتها أكثر من ذلك فالفضل يعتبر من الثلث وهذا ومسئلة المريض سواء ولو قال لعبدين له اذا أديتما الىّ ألفا فأنتما حران فادي احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق أداؤهما جميعا المـال والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءا بجزء وانما ذلك من أحكام المعاوضات وكذلك لو أدى أحدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط أداؤهما فلا يتم بأداء أحدهما فان قال المؤدي خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبي لاؤديها اليك عتقا لان أداء الرسول كأداء المرسل فيتم الشرط بهـذا وهو أداؤهما جميعاً المـال فان أداها عنهما رجل آخر لم يعتقا لان الشرط أداؤهما بخلاف الكتابة فان شرط العتق هناك براءته

عن المال وذلك يحصل بأداء الاجنبي اذا قبله المولى ثم للمؤدى أن يرجع فيها لانه أداها ليعتقابه ولم يحصل مقصوده فان قال أؤديها اليك على أنهما حران أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المال الى المؤدى أما العتق فلأن قبول المولي على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق من المولى اياهما وأما ثبوت حق الرجوع فلأن عوض العتق لايجب على الأجنبي وقد بينا هذا فى الباب المتقدم واذا أداها وقال هما أمرانى أن أؤديها اليك عنهما فقبلها عتقا لانه رسول عنهما فى الاداء وأداء الرسول كأداء المرسل وقوله لعبده متى أديت الى ألفا فأنت حر أو ان أديت أو اذا أديت اذن منه له فى التجارة استحسانا لوجود دليل الاذن فانه حثه على أداء المال ولا يتمكن من الاداء الا بالاكتساب فيكون هذا ترغيبا له فى الاكتساب ليؤدى المال ولم يرد الاكتساب بالتكدى لانه يدنى المرء ويخسسه وانما مراده الاكتساب بالتجارة ودلالة الاذن كصريح الاذن ألا ترى أنه لو قال أدّ الىّ ألفاً كل شهر كذا كان ذلك منه اذنا له في التجارة فان اكتسب ألفي درهم فأدى اليه الفا عتق لوجود الشرط وللمولى ان يأخذ منه الألف الباقية لانه كسب عبده بخلاف المكاتب فقد ثبت له المالكية يداً فى مكاسبه بعقد الكتابة فلهذا سلم الفضل له وهنا ماثبت للعبد حكم المالكية فى مكاسبه وانما اعتبرنا معني الكتابة عند الاداء ليندفع الضرر والغرور عن العبد وذلك فى قدر ماشرط عليه اداؤه فأثبتنا حقه بذلك القدر وما زاد عليه فهو للمولى لان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة وان قال اذا أديت الى ألفا فأنت حر فقال العبد للمولى حط عنى منها شيئاً أو اقبل منى مكانها مائة دينار فحط عنه المولى مائة درهم وأدى تسعمائة لم يعتق ألا ترى أنه لو ابرأه عن جميع المال لم يعتق وهذا لان الشرط وجود اداء الالف فلا يتم باداء تسعمائة بخلاف الكتابة فان المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أوحط بعضه وهنا لامال على العبد فالحط والابراء باطل ولايعتق مالم يتم الشرط وليس للعبد ان يسترد من المولى ماأخذ منه لان كسبه مملوك لمولاه وهو نظير مالوقال له اذاخدمتني سنة فأنت حر فخدمه أقل من سنة وتجاوز المولى عما بقى لم يعتق لان الشرط لم يتم وكذلك لو صالحه من الخدمة على مال كان باطلا ولا يعتق بها لان العتق المتعلق بالشرط لاينزل مالم يوجد الشرط بعينه ولاتحقق الخدمة بهذا الصلح فلا يعتق به الا أن يقول المولى له عند الصلح أنت حر ان أديت هذا ولو قال لعبده ان أديت الىّ كذا من العروض فأنت حر فأداها اليه عتق

لوجود الشرط الا أنه ان كان ذلك شيئاً يصلح أن يكون عوضا في الكتابة يجبر المولى على قبوله بمنزلة الالف وان كان لا يصلح عوضا فى الكتابة لا يجبر على قبوله ولكن ان قبله يعتق لان الاجبار على القبول باعتبار معنى الكتابة ولو قال أخدمني وولدي سنة ثم أنت حر أو اذا خدمتني واياه سنة فأنت حر فمات المولى قبل مضى السنة لم يعتق به لان الشرط لم يتم وقد بينا أن التعليق يبطل بموت المولى وكذلك ان مات الولد فقد فات شرط العتق بموته فلا يعتق بعد ذلك ولو قال أنت حر على أن تخدمني سنة فقبل فهو حر والخدمة عليه يؤخذ بها لانه أوجب له العتق هنا بقبول الخدمة وفي الاول أوجب له العتق بوجود الخدمة ثم الخدمة فى مدة معلومة تصلح أن تكون عوضاً فيصح التزامه دينا بمقابلة العتق فان مات المولى فللورثة ان يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته فى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى انما يأخذونه بما بقي من الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا هنا يأخذونه بما بقي من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته كما لو كان أعتقه على ألف درهم واستوفي بعضها ثم مات كان للورثة أن يأخذوه بما بقى من الالف ولكن فى ظاهر الرواية يقول الناس يتفاوتون فى الخدمة وانما كان الشرط أن يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد ولو مات العبد قبل تمام السنة فللمولى أن يأخذ من تركته بقدر مابقى عليه من خدمة السنة من قيمته فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وفى قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى من قيمة الخدمة وأصل المسألة فى كتاب البيوع اذا باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت أو هلكت قبل القبض فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يرجع على العبد بقيمة نفسه وفي قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله تعالى يرجع بقيمة الجارية الا أن هذا القدر ليس بقوى فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح أن يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا تورث فلا يمكن ابقاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته أو قيمة الخدمة على حسب مااختلفوا فيه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب

باب بيع أمهات الاولاد

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه بيع أم الولد باطل في قول جمهور الفقهاء وكان بشر المريسي وداود ومن تبعه من أصحاب الظواهر رضوان الله عليهم أجمعين يجوزون بيعها لان المالية والمحلية للبيع قبل الولادة معلوم فيها بيقين فلا يرتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجب علم اليقين ولكنا نقول في معارضة هذا الكلام لما حبلت من المولى امتنع بيعها بيقين فلا يرتفع ذلك الا بيقين مثله ولا يقين بعد انفصال الولد ﴿ فان قال ﴾ انما امتنع بيعها لان في بطنها ولداً حراً وقد علمنا انفصاله عنها ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل انما امتنع بيعها لثبوت الحرية في جزء منها فان الولد يعلق من الماءين حر الأصل وماؤها جزء منها وثبوت الحرية لجزء منها مانع من بيعها وهذا المعنى لا ترتفع بالانفصال واليه أشار عمر رضي الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن أو انما امتنع بيعها لانها صارت منسوبة اليه بواسطة الولد يقال أم ولده وهذه النسبة توجب العتق فيمتنع البيع ضرورة وبالانفصال يتقرر هذا المعنى ولا يرتفع ثم الآثار المشهورة تدل على ذلك فمنه حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما أمة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه ولما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهما قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها قال قد أعتقها ولدها ففي هذين الحديثين دليل استحقاق العتق لها وذلك يمنع البيع وفي حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وان لا يبعن في دين ففيه دليل استحقاق العتق وانعدام المالية والتقوم فيها حين لم يجعل عتقها من الثلث ولم يثبت حق الغرماء فيها وفيه دليل أنه لا يجوز بيعها لحاجة المولى في حياته ولا بعد موته وحديث سلامة بنت معقل قالت اشتراني الحباب بن عمرو فولدت منه ثم مات فجئت الى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته اني ولدت من الحباب فقال من وارث الحباب فقال أبو بشر بن عمرو فقال أعتقوا هذه فاذا اتانا سبي فأتونا حتى نعوضكم وتاويله ان وارث الحباب كان ينكر ولادتها منه ومع ذلك أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتقها احتياطاً ووعده العوض من عنده فهو دليل على ان الاستيلاد اذا كان ظاهراً ثبت به استحقاق العتق

ولا يجوز بيعها وحديث عبيدة السلماني عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال استشارني عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه في عتق أمهات الاولاد فاجتمعت انا وهو على عتقهن ثم رأيت بعد ذلك ان ارقهن فقال أبو عبيدة رأى ذوي عدل أحب الى من رأي ذي عدل وحده فدل انهم كانوا مجمعين على استحقاق العتق لها في الابتداء ﴿فان قيل﴾ فكيف جوز علي رضي الله تعالى عنه مخالفة الاجماع بعد ذلك ﴿قلنا﴾ يحتمل أنه كان من مذهبه ان الاجماع لا يتم الا بانقراض ذلك العصر ويحتمل ان معنى قوله ثم رأيت ان أرقهن الى اداء السعاية فلا يكون هذا منه خلافا في أصل استحقاق العتق بل في صفته أنه من الثلث أو من جميع المال وعن ابراهيم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان بيع أمهات الاولاد حرام ولا رق عليها بعد موت مولاها وعن ابراهيم في أم الولد اذا أسقطت سقطا قد استبان خلقه كانت به أم ولد هكذا روى عنه حماد وروى عنه الحكم اذا أسقطت مضغة أو علقة كانت به أم ولد وكانه على هذه الرواية اعتبر نفس اختلاط الماءين كما في حديث عمر رضي الله عنه ولسنا ناخذ بهذا وانما نأخذ بحديث حماد عنه لان السقط الذي لم يستبن شيء من خلقه ليس بولد فلا تصير به أم ولد بخلاف السقط الذي استبان بعض خلقه فانه ولد في الاحكام فيتحقق نسبتها اليه بواسطة واذا أقر الرجل ان حمل أمته منه صارت أم ولد له وله خدمتها ووطؤها ولا يجوز له ان ينقل ملكها الى غيره اما اذا ظهر ولادتها بعد هذا الاقرار فلا اشكال فيه لان نسب الولد ثبت منه باقراره فان ثبوت النسب من وقت العلوق باقراره واقراره مصادف محله وأما اذا لم تظهر ولادتها وزعم المولى أنه كان ريحا في بطنها وصدقته في ذلك فهي بمنزلة أم الولد أيضا لان الحمل اسم للولد وقد ثبت لها حق العتق باقراره المتقدم فلا يصدقان على ابطاله كما لا يصدقان على ابطال حقيقة العتق وكذلك لو كان قال ما في بطنك من ولد فهو مني ولو كان قال ما في بطنك مني ثم تصادقا أنه كان ريحا في بطنها فله أن يبيعها لانه ليس في لفظه تصريح بوجود الولد في بطنها فلا يكون مقراً لها بحق العتق بهذا اللفظ بخلاف ما سبق وان قال ان كانت حبلى فهو مني فولدت ولداً أو أسقطت سقطاً قد استبان خلقه فان أقر المولى به فهي أم ولده اذا جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر لان ولادتها هذا الولد ثبت باقراره ووجوده في البطن عند دعواه معلوم وان أنكر المولى الولادة فشهدت عليه امرأة جاز ذلك وثبت النسب

لان الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة كما تثبت باقراره ثم النسب وأمية الولد انما تثبت باقرار المولى لا بشهادة القابلة واذا ولدت المدبرة من السيد صارت أم ولد له وبطل التدبير معناه أنه لايظهر حكم التدبير بعد ثبوت أمية الولد لان كل واحد منهما يوجب استحقاق العتق لها في الحال وتعلق التنجز بموت المولى والاستحقاق بالاستيلاد أقوى حتى يكون من جميع المال والتدبير من الثلث والضعيف لايظهر في مقابلة القوي فلهذا قال وقد بطل التدبير واذا أقر في صحته ان أمته هذه قد ولدت منه صارت أم ولده لانه أقر باستحقاق العتق لها في حال يملك انشاء عتقها مطلقا والمقر يعامل في حق نفسه كأنما أقر به حق اذا لم يكن في المحل حق لأحد سواه كان الثابت باقراره كالثابت بالمعاينة وان أقر بذلك في مرضه فان كان معها ولد فكذلك الجواب لان نسب الولد ثبت منه فان المريض غير محجور على الاقرار بالنسب وثبوت نسب الولد شاهد لها بمنزلة ما لو أقامت البينة على أنها أم ولده وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لان اقراره لها باستحقاق العتق بمنزلة تنجيز العتق ولو نجز عتقها كان من الثلث لان حق الورثة قد تعلق بها بمرضه توضيحه أنه اذا كان معها ولد فهو محتاج الى إثبات نسب ولده منه كيلا يضيع نسله وحاجته مقدم على حق الورثة فانما صرفها مع ولدها الى حاجته فكانت من جميع ماله واذا لم يكن معها ولد فهو بكلامه ما صرفها الى حاجته بل أقر بعتقها بعد موته فيكون معتبراً من ثلثه واذا زوج أم ولده من رجل جاز النكاح لان الفراش الثابت له عليها سببه ملك اليمين وذلك غير ملزم للمولى فلا يمنع صحة تزويجه اياها فاذا ولدت من الزوج فولدها بمنزلتها أما ثبوت النسب من الزوج فلأنها ولدته على فراشه وأما ثبوت حق أمية الولد لهذا الولد فلأنه جزء منها فانما ينفصل عنها بصفتها وكما أنها تعتق بالموت ولا تسعى لأحد فكذلك ولدها من غير المولى ألا ترى أن الولد لا ينفصل من الحر الاحرا وعلى المولى في جناية أم الولد قيمتها لايلزمه أكثر من ذلك وان كثرت الجناية منها لانه بالاستيلاد السابق منع دفعها بالجناية على وجه لم يصر مختاراً لانه ما كان يعلم انها تجني ولو كانت محل الدفع لم يكن عليه الادفعها بالجناية وان كثرت الجناية منها فكذلك لايلزمه الاقيمة واحدة لانه مامنع الارقبة واحدة واما الدين الذى يلحقها بغصب أو استهلاك فانها تسعى فيه بالغا مابلغ لان الدين ثابت في ذمتها ولو كانت محل البيع لكانت تباع فيه ويصرف كسبها ورقبتها

الى ديونها فاذا تعذر بيعها بالاستيلاد وجب قضاء ديونها من كسبها بخلاف الجناية فانها تتباعد عن الجاني وتتعلق بأقرب الناس اليه ألا ترى أن دين المملوك يبقى في ذمته بعد بيعه ولا تبقى الجناية في رقبته بعد بيعه أو عتقه وولد أم الولد ثابت النسب من المولى مالم ينفه لانها فراش له وقال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش ولكن ينتفى عنه بمجرد النفي عندنا وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى ان لم يكن استبرأها بحيضة يلزمه نسب ولدها وليس له ان ينفيه وان كان قد استبرأها بحيضة بعد ماوطئها لايلزمه نسب ولدها الا بالدعوة وحكمها وحكم الأمة التى ليست بام ولد سواء عنده بناء على أصلين له احدهما انه لا عدة على أم الولد بعد العتق كالامة القنة وانما يلزمها الاستبراء بحيضة وقد بيناهذا فى كتاب النكاح والثاني ان عنده الامة تصير فراشا بنفس الوطء وقد بينا هذا أيضاً فيما امليناه من شرح الدعوى فاذا صارت عنده فراشا بالوطء لا يرتفع حكم هذا الفراش الا بالاستبراء فان جاءت بالولد قبل أن يستبرأها يلزمه النسب لوجود دليله شرعا فلا يملك نفيه كما لوقامت البينة به وان استبرأها بحيضة فقد انعدم حكم ذلك الفراش لان بسببها كان اشتغال رحمها بمائه بالوطء وقد انعدم ذلك بالاستبراء فلا يلزمه النسب إلا بالدعوة وعندنا له على أم الولد فراش معتبر ولهذا لزمها أن تعتد بثلاث حيض بعد العتق فثبت النسب باعتبار الفراش ولكن هذا الفراش غير ملزم في حقه ولهذا يملك تزويجها من غيره فكما ينفرد بنقل الفراش الى غيره ينفرد بنفي نسب الولد وانما يملك نفيه مالم يقض به القاضى أو يتطاول ذلك فاما بعد قضاء القاضى فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار فى هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم فى مدة التطاول قد سبق بيانه فى باب اللعان من كتاب الطلاق فاما الامة والمدبرة فلا يلزمه ولدهما وان حصنهما وطلب ولدهما مالم يقربه لان الفراش على المملوكة لا يثبت بالوطء عندنا والنسب لا يثبت بدون الفراش الا أنه روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا وطئها ولم يعزل عنها وحصنها فله أن يدعي نسب ولدها وليس له أن ينفيه فيما بينه وبين ربه لان الظاهر أنه منه والبناء على الظاهر واجب فيما لا تعلم حقيقته وأما اذا عزل عنها أولم يحصنها فله أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل

حصنها أولم يحصن تحسينا للظن بها وحملا لأمرها على الصلاح مالم يتبين خلافه ولأن مايظهر عقيب سببه يكون محالا به عليه حتى يتبين خلافه وعند محمد رحمه الله تعالى لا ينبغي له أن يدعى النسب اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغى له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لايحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك فى أن لايدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتق الام بعد موته لاحتمال أن يكون منه ولا ينبغي له أن يزوج أم ولده حتى يستبرئها بحيضة لجواز أن تكون حاملا من المولى فلا يكون تزويجها صحيحاً ولكن هذا التوهم يوجب الاحتياط ولا يبطل النكاح فاذا اشتراها فقد علم أنها ليست بحامل فيتزوجها بعد ذلك وان زوجها قبل الاستبراء فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لأنا تيقنا أن العلوق سبق النكاح على فراش المولى وان زوجها وهى حامل ومن كان فى بطنها ولد ثابت النسب من أحد لا يجوز تزويجها وان ولدته لأكثر من ستة أشهر فالنسب ثابت من الزوج لانها علقت على فراشه فان ادعاه المولى عتق باقراره ونسبه ثابت من الزوج وقد تقدم بيان هذا الفصل واذا حرمت أم الولد على مولاها بوطء ابنه اياها فان جاءت بولد بعد ذلك لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه الا أن يدعيه وعند زفر رحمه الله تعالى ثبت النسب منه وله أن ينفيه لانه ما اعترض على فراش آخر فيكون النسب ثابتا منه بالفراش وثبوت الحرمة بهذا السبب كثبوتها بالحيض وذلك لا يقطع الفراش ولكنا نقول تحسين الظن بالمسلم واجب فلو أثبتنا النسب منه من غير دعوة لكان فيه حمل أمره على الفساد والحكم عليه بمباشرة الوطء الحرام وذلك لا يجوز الا أن توجد الدعوى منه فحينئذ يحكم بذلك باقراره وان جاءت به لأكثر من سنتين وان جاءت به لأقل من سنتين وزعم أنه كان من علوق قبل الحرمة وجب قبول قوله فى ذلك للاحتمال واذا مات عن أم ولده أو أعتقها فعليها أن تعتد بثلاث حيض هكذا نقل عن عليّ وابن مسعود رضى الله عنهما وقد بينا هذا في كتاب النكاح وكذلك ان كانت حرمت عليه قبل ذلك لانها بالحرمة ماصارت فراشاً لغيره الا أن يثبت نسب الولد منه لتحسين الظن به لا لانعدام الفراش حتي اذا ادعى يثبت النسب منه فاذا أعتقها فقد زال الفراش اليها بالعتق فى هذه الحالة فتلزمها العدة لهذا واذا أعتق أم ولده فجاءت بولد مابينها وبين سنتين من يوم أعتقها فنفاه فنفيه باطل لان فراشها قد

تأكد بحريتها ألا ترى أنه لايملك تزويجها من غيره مالم تنقض عدتها فكانت كالمنكوحة في هذه الحالة والمعتدة من نكاح متى جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت النسب من الزوج على وجه لايملك النفي فكذلك هنا وان أقرت بانقضاء عدتها بثلاث حيض ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لايثبت نسبه منه كما فى المعتدة من نكاح واذا تزوج أمة رجل فولدت ثم اشتراها أو ملكها بسبب آخر صارت أم ولد له عندنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى لا تصير أم ولد له وفي المغرور اذا ملك الجارية له وجهان احتج بقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فشرط لثبوت حق العتق لها أن تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها لامن سيدها والمعني فيه أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد بذلك كما لو استولدها بالزنا ثم ملكها وتأثيره أن ثبوت حق أمية الولد اذا علقت من سيدها باعتبار أن الولد يعلق حر الاصل من الماءين وماؤها جزء منها فثبوت الحرية لذلك الجزء يوجب ثبوت الحرية لجميعها الا أن اتصال الولد بها بعرض الانفصال وجعل الولد كشخص على حدة فى بعض الاحكام فلوجود حقيقة الاتصال أثبتنا حق العتق لما بقى منها ولكونه بعرض الانفصال وبمنزلة شخص على حدة فى بعض الاحكام لاتثبت حقيقة الحرية لما بقي منها فى الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وحقها فى أمية الولد ليس في معنى حق الولد فى الحرية لان الولد انما يعتق عليه باعتبار الجزئية ولهذا لو كان الاستيلاد بالزنا فملكه يعتق عليه ولا يوجد ذلك المعني في حق الام وعلى هذا الطريق يقولون في المغرور أن الجارية تصير أم ولد له اذا ملكها لانها علقت بحر والطريق الآخر أن موجب الاستيلاد ثبوت حق العتق لها فاذا حصل قبل الملك لا يكون موجبا فى الملك الذي يحدث بعده كالتدبير وحقيقة العتق وعلى هذا الطريق فى المغرور يقولون لاتصير أم ولد له ﴿وحجتنا﴾ فى ذلك أنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب فتكون أم ولده كما لو استولدها فى ملكه وتأثيره أن حق العتق ثبت لها بالاستيلاد كما قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها والملك في المحل شرط فاذا تقرر السبب قبل الملك توقف على وجود شرطه وهو الملك ألا ترى ان فى حرية الولد لما تقرر السبب قبل الملك وهو النسب توقف على وجود شرطه وهو الملك حتي اذا ملكه يعتق فكذلك فى الام لان حقها تابع لحق الولد بخلاف التدبير والعتق قبل الملك فان ذلك

لغو شرعا فلا يظهر حكمه بعد الملك وهذا السبب متقرر شرعا توضيحه ان حق العتق لام الولد باعتبار انها منسوبة اليه بواسطة الولد فان للجزئية تأثيراً في النسبة والولد جزء منها فتصير هي منسوبة له باعتبار هذه الواسطة حتى يقال أم ولده وهذامتقرر حتى يثبت نسب الولد بنكاح كان أو بملك ولامعتبر بما قاله الخصم من حرية الماء الذي هو في حكم الجزء ولانه لو أعتق مافي بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقةالعتق فلوكان ثبوت حق العتق لهـا باعتبار الاتصال والجزئية لثبت هنا لا ن الثابت لها باعتبار الجزئية من جنس ماهو ثابت للجزء والثابت للولد حريةالاصل على وجه لايعقب الولاء والثابت لهاحق العتق على وجه يثبت به الولاء ولامشابهة بينهما فعرفنا ان الطريق فيه ماقلنا وهو ثبوت نسب الولد ويستوى ان كان النكاح بينهما ظاهرا أو أقر بذلك وأنكر مولاها ثم ملك لان المقر يعامل فى حق نفسه كان ماأقر بهحق فأما اذا استولدها بالزنا وأقر بذلك ثم ملكها في القياس تصير أم ولد له وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه أقر لها بحق العتق وللولد بحقيقة العتق ثم فى حقيقة العتق للولد لافرق بين ماذا أقر به بالنكاح أو الزنا فكذلك فى حق العتق لها ولكن استحسن علماؤنا رحمهم الله تعالى فقالوا انها لاتصير أم ولدله لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد وهذاالمعنى لايوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لايثبت وهى لاتصير منسوبة اليه بدون هذه الواسطة فلهذا لا تكون أم ولد له فاما الولد يعتق عليه اذا ملكه لانه وان انعدم هذا المعنى في حق الولد فقدوجد معني آخر وهو الجزئية لان الجزئية لاتنعدم حقيقة بسبب ان الولد بالزنا والانسان كمالا يستديم الملك على نفسه لايستديم الملك على جزئه فلهذا يعتق الولد اذا ملكه يقرره ان حال الأم في حق أمية الولد كحال الاخ فانه ينسبه الى أخيه بواسطة الاب ثم من ملك أخاه من الزنا لايعتق الاخ لان الواسطة قدانعدمت حين لم يثبت النسب بالزنافكذلك الواسطة هناقد انعدمت حين لم يثبت نسب ولدها بالزنا فلهذا لا تصير أم ولد له ولو زوج أمته عبدهفولدت فادعاه المولى يعتق الولد وتكون أمه بمنزلة أم الولد له وهنا نسب الولد غير ثابت من المولى ومع ذلك الجارية تكون أم ولد له وانما كان كذلك لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح والشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت نسبه من الزوج واستغنائه به عن النسب فبقى معتبراً في حق الام لانها محتاجة الى

حق أمية الولد بخلاف ما اذا أقر بالاستيلاد بالزنا لانه لا احتمال النسب هناك مع تصريحه بالزنا واذا اشترى أمة لها ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فان كانوا ولدوا في بطن واحد ثبت نسبهم جميعاً منه لانهم في حكم النسب كشخص واحد فانهم خلقوا من ماء واحد وان كانوا في بطون مختلفة لم يثبت الا نسب الذي ادعاه والباقيان رقيقان ويبيعهما ان شاء لانهم ولدوا في غير ملكه فتكون دعوته فيهم دعوة تحرير ودعوة التحرير بمنزلة الاعتاق ولو أعتق أحدهم لم يعتق الا ذاك فكذلك اذا ادعي نسب أحدهم ولو ولدوا في ملكه بأن ولدت أمة رجل ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فان ادعى الاصغر فانه يثبت نسب الاصغر منه وله أن يبيع الآخرين بالاتفاق وان ادعي الاكبر ثبت نسب الاكبر منه والاوسط والاصغر بمنزلة الام ليس له أن يبيعهما ولا يثبت نسبهما منه الا على قول زفر رحمه الله تعالى فانه يقول ثبت نسبهما منه لانه ثبت لها حق أمية الولد من حين علقت بالاكبر ونسب ولد أم الولد ثابت من المولى مالم ينفه ولا يجوز أن يقال تخصيص الاكبر بالدعوة دليل النفي في حق الآخرين لان هذا مفهوم والمفهوم ليس بحجة عندنا ولكنا نقول يحق عليه شرعا الاقرار بنسب ولد هو منه ولما خص الاكبر بالدعوة بعد مالزمه هذا شرعا كان هذا منه نفياً للآخرين وهذا نظير ماقيل السكوت لايكون حجة ولكن السكوت بعد لزوم البيان يجعل دليل النفي فهذا مثله وكما أن دليل الدعوة كالتصريح فدليل النفي كالتصريح به ولو نفى الآخرين لم يثبت نسبهما وكانا عنده بمنزلة أمهما وكذلك لو اشترى ابن أم ولده من غيره بأن استولد جارية بالنكاح ثم فارقها فزوجها المولى من غيره فولدت ثم اشترى الجارية مع الولدين فالجارية تكون أم ولد له وولده حر فأما ولدها من غيره فله أن يبيعه في قول علمائنا رحمهم الله تعالى ولا تصير بمنزلة الام وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تصير بمنزلة الام ليس له أن يبيعه ويعتق بموته لانها ولدته بعد تمام سبب أمية الولد وهو نسب الولد فيكون حاله كحال أمه ألا ترى أنها لو ولدته بعد ما ملكها من غيره كان الولد بمنزلة أمه فكذلك هنا ﴿وحجتنا﴾ أن السبب لا يوجب الحكم الا في محله والمحل ملكه فما لم يثبت الملك فيها لا يثبت لها حق أمية الولد بذلك النسب وكل ولد انفصل قبل ثبوت حق أمية الولد فيها لا يسري حق أمية الولد الى ذلك الولد لان السراية باعتبار الاتصال ألا ترى أنه لو أعتق أمته وقد ولدت قبل ذلك لم يعتق الولد فكذلك لا يسري حق أمية الولد الى

الولد المنفصل قبل ثبوت الحق فيها بخلاف ما تلد بعد ثبوت الحق فيها واذا ولدت أمة بين رجلين فادعاه أحدهما في صحته أو في مرضه فهو ابنه لانه يملك جزءاً منها وقيام ملكه فى جزء منها كقيام الملك فى جميعها فى صحة الدعوة فان اعتبار جانب ملكه يثبت النسب منه بالدعوة واعتبار جانب ملك شريكه يمنع من ذلك فيغلب المثبت للنسب احتياطا ألا ترى أنه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة لان الولد محتاج الى النسب وبعضه ملكه فلا بد من اثبات نسب ذلك البعض منه بدعوته والنسب لا يتجزى فى محل واحد والجارية أم ولد له لان نصيبه منها صار أم ولد والاستيلاد لا يحتمل التجزى فى محل واحد لانه فرع النسب فيصير متملكا نصيب شريكه لضرورة عدم احتمال الاستيلاد للتجزى ويضمن نصف قيمتها لشريكه يوم وطئها فعلقت لان أمية الولد ثبت لها من وقت العلوق فيصير متملكا نصيب شريكه عليه من ذلك الوقت ولا تملكها الا بعوض فلهذا يضمن قيمتها من ذلك الوقت وعليه نصف عقرها لان أصل الوطء حصل منه ونصفها ملك لشريكه وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر وانما قلنا ذلك لان تملك نصيب الشريك هنا حكم الاستيلاد لا شرطه فان قيام ملكه فى نصفها يكفي لصحة الاستيلاد وحكم الشئ يعقبه وليس عليه من قيمة الولد شئ لان الولد علق حر الاصل باعتبار قيام الملك له فى نصفها وقت العلوق ولانه حين علق كان ماء مهينا لا قيمة له فلهذا لا يغرم من قيمة الولد للشريك شيئاً وضمان نصف قيمتها عليه فى حالتى اليسار والعسرة لانه ضمان التملك الا أنه روى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه اذا كان المستولد معسراً تؤمر هى بالسعاية فى نصف قيمتها للشريك لان حق العتق قد ثبت لها فنصيب الشريك من وجه كانه احتبس عندها وكذلك ان ادعى أحدهما نسب الولد وأعتق الآخر الولد وخرج القول منهما معا فعتق الآخر باطل وكذلك ان ادعي أحدهما نسب الولد وأعتقها الآخر لان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فيكون سابقا معني وان اقترن بالعتق صورة ولما ثبت به للولد حرية الاصل فاعتاق الآخر إياه باطل وكذلك الام لما صارت أم ولد لمدعى النسب من حين علقت فقد أعتقها الآخر وهو لا يملكها فلهذا كان العتق باطلا ودعوة الآخر أولى كافراً كان أو مسلما لان صحة دعوة النسب باعتبار ملكه وقت العلوق والمسلم والكافر فى ذلك سواء فان كانت الجارية بين مسلم وذمى ومكاتب

وعبد فولدت فادعوا جميعاً فدعوة المسلم أولى عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي يوسف دعوة المسلم والذمى سواء اما المكاتب والعبد فليس لهما حقيقة الملك ولا تعارض دعوتهما دعوة من له حقيقة الملك واما المسلم والذمى فزفر يقول لكل واحد منهما ملك في نصيبه على الحقيقة وصحة الدعوى باعتبار الملك فلا يترجح المسلم باسلامه بعد ماتساويا في السبب كما في سائر الدعاوى ولكنا نقول دعوة المسلم توجب الاسلام للولد ودعوة الكافر توجب الكفر له فيترجح الموجب للاسلام لانه أنفع للولد توضيحه أنه لابد من اعتبار دعوة المسلم والحكم باسلام الولد به وبعد ماحكم بذلك فقول الكافر على المسلم ليس بحجة فلهذا كانت دعوة المسلم أولى وان كان نصيبه أقل الانصباء لان صحة دعوته باعتبار أصل ملكه في جزء منها اذ لامعتبر بقدر الملك في تصحيح الدعوى وعليه ضمان حصة شركائه من قيمة الامة والعقر لما بينا وعلى كل واحد من الآخرين حصة شركائه من العقر لاقراره بالوطء حين ادعى النسب الا أن العبد يؤخذ به بعد العتق لأن وجوب هذا الدين لا بسبب التجارة فاقراره به صحيح في حقه فيؤاخذ به بعد العتق ولو كان مكان الحر المسلم مدبراً مسلما كان الولد ولد الذمى الحر لان الملك على الحقيقة له وليس لاحد من شركائه حقيقة الملك وقد بينا ان الدعوة بحقيقة الملك لا تعارضه الدعوة بحق الملك ثم في تصحيح دعوة الكافر هنا اثبات الحرية للولد وفيه منفعة ظاهرة له ولا يقال في تصحيح دعوة المملوك اثبات الاسلام للولد لان في الحال منفعته في الحرية فيما يرجع الى أمور الدنيا أظهر وباعتبار المال اذا بلغ لا يمكنه أن يحصل الحرية لنفسه ويمكنه أن يكتسب سبب الاسلام لنفسه بأن يهديه الله تعالي فيسلم فلهذا رجحنا جانب الحرية وجعلنا الولد ولد الذمى الحر ولو لم يكن فيهم ذمى كان ابن المكاتب لان للمكاتب حق الملك في كسبه وليس للعبد والمدبر ذلك فلا تعارض دعوتهما دعوة المكاتب يقرره أن المكاتب له نوع مالكية فانه مالك يداً ولو رجحنا دعوته ثبت للولد مثل ذلك أيضا لانه يتكاتب عليه فلهذا رجحنا دعوته على دعوة المدبر والعبد ولو لم يكن فيهم مكاتب لم تجز دعوى المدبر والعبد لان كسبهما ملك المولى ودعوى النسب في ملك الغير لا يصح من الحر فكيف يصح من العبد ونحوه علل فقال من قبل أن المولى لم يزوجهم ولو صدقهما المولى بالولد وقالا كنا وطئناها بغير نكاح لم يثبت النسب أيضا لما قلنا وذ كر

في كتاب الدعوى أن دعوة العبد المأذون نسب ولد جارية من كسبه تكون صحيحة كدعوة المكاتب لما للمأذون من اليد في كسبه فقالوا تأويل ماذكر هنا أن العبد اذا كان محجوراً عليه فوهب له جارية وهو فارغ عن الدين حتى يكون كسبه خالص حق المولى وليس له فيه يد ولا ملك فحينئذ لا يثبت النسب منه اذا لم يدع شبهة واذا ولدت الامة من الرجل ثم اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له لان نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزى فيثبت في نصيب شريكه أيضا ويضمن لصاحبه نصف قيمتها موسرا كان أو معسراً لان هذا ضمان التملك فالرضا لا يمنع وجوبه وكذلك ان ورثاها لأن ضمان التملك لا يعتمد الصنع وبالارث انما ينعدم الصنع وهذا لان وجوب هذا الضمان باحتباس نصيب الشريك عند المستولد ملكا وهذا المعنى يتقرر في الميراث فان ورثا معها الولد وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد عتق عليهما جميعاً لان علة العتق وهو الملك والقرابة تم لكل واحد منهما في نصيبه وان كان الشريك أجنبياً عتق نصيب الاب وسعى للشريك في نصيبه لان وجوب ضمان العتق يعتمد الصنع والميراث يدخل في ملكه من غير صنع وكذلك ان اشتريا أو وهب لهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان عرف الاجنبي أن شريكه أبوه أو لم يعرف وعندهما يضمن الاب نصيب الشريك ان كان موسراً وقد بينا هذا فيما سبق أمة بين رجلين قد ولدت من زوج حر فاشترى الزوج حصة أحدهما من الام والولد وهو موسر فهو ضامن لنصيب شريكه من الام لانه يملك نصيبه حين صارت أم ولد له وشريكه في الولد بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء استسعاه وان شاء أعتقه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان بالشراء صار معتقا لنصيبه من الولد ولم يساعده الشريك على ذلك ولا رضي به ولو أن أمة غرت رجلا من نفسها فادعت أنها حرة فتزوجها وولدت له ولداً ثم استحقها رجل فانه يقضى له بها وبقيمة الولد والعقر على الواطئ هكذا روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما وقد بينا أحكام ولد المغرور في كتاب النكاح والدعوى ثم اذا عتقت رجع عليها الاب بقيمة الولد لان ضمان الغرور كضمان الكفالة والمملوك انما يؤاخذ بضمان الكفالة بعد العتق فان اشترى أب الولد نصفها من مولاها صارت أم ولد له لان نسب ولدها ثبت منه ويضمن نصف قيمتها لمولاها لانه يملك النصف الباقي عليه بالاستيلاد واذا ادعى رجلان ولد جارية بينهما فهو ابنهما يرثهما ويرثانه وحكم ثبوت النسب من رجلين قد بيناه بتمامه فيما أمليناه من

شرح الدعوى ومقصوده هنا بيان حكم أمية الولد فنقول الجارية أم ولد لهما لثبوت سبب ولدها منهما والاستيلاد لا يحتمل الوصف بالتجزي في المحل ولكن اذا ثبت لا ثنين لا يظهر به حكم التجزي فى المحل كملك القصاص لايحتمل الوصف بالتجزى فى المحل ثم يجوزأن يجب القصاص لا ثنين على شخص واحدوالعتق على قولهما لا يتجزى فى المحل ثم اذا باشره رجلان كان كل واحد منهما معتقاً للنصف فاذا ثبت أنها أم ولد لهما قلنا تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هـذا لا نه لا تأثير للاستيلاد فى ابطال ملك الخدمة واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قول أبى يوسف ومحمـد رضى الله تعالى عنهما تسعى فى نصف قيمتها للشريك الحى فلو أعتقها أحـدهما فى حياته عتقت ولا ضمان على المعتق للشريك ولا سـعاية عليها في قول أبى حنيفـة رحمه الله تعالى وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه ان كان موسراً وتسـعى فى نصف قيمتها ان كان معسراً وأصل هذه المسألة أن رق أم الولد ليس بمال متقوم فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعلى قولهما هومال متقوم وجه قولهما أنها مملوكة لمالك محترم فتكون مالا متقوما كالامة القنة ودليل الوصف أنه يملك استخدامها واستكسابها ووطأها بملك اليمين ولو قال كل مملوك لى حر تدخل أم الولد فى ذلك واذاثبت بقاء ملك اليمين فصفة المالية والتقوم لا تنفصل عنه لان المملوكية فى الآدمى ليس الاعبارة عن المالية والتقوم بكون المالك محترما ولان بالاستيلاد تعلق عتقها بموته فتكون مالا متقوما كالمدبرة الا أن المـدبرة تسـعى للغرماء والورثة وأم الولد لاتسعى لانها مصروفة الى حاجته فان الاستيلاد من حوائجه كيلا يضيع ماؤه وحاجته مقدمة على حق الغرماء والورثة كحاجتـه الى الجهاز والكفن بخلاف المدبرة فان التـدبير ليس من أصول حوائجه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المالية والتقوم انما يثبت بالاحراز ألا ترى أن الصـيد قبل الاحراز لا يكون مالا متقوما وبعد الاحراز يصير مالا متقوما والآدمي باعتبار الاصـل ليس بمال لانه مخلوق ليكون مالكا للمال لا ليصير مالا ولـكن متى صح احرازه على قصـد التمول صار مالا متقوماً ويثبت به ملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها فقد ظهر أن احرازه لها كان لملك المتعة لا لقصـد التمول فصار فى صفة المـالية كأن الاحراز لم يوجد أصلا فلا يكون مالا متقوما وهذا لان ملك المتعة ينفصل عن ملك

المالية ألا ترى أن للزوج على المنكوحة ملك المتعة دون ملك المالية والدليل عليه من جهة
الحكم أنها لاتسعى للغرماء والورثة وما كان مالا متقوماً فى حياته يتعلق به حق غرمائه
وورثته وحاجته الى النسب فنقول ليس من ضرورة ثبوت نسب الولد ثبوت حق أمية
الولد لها حتى تجعل حاجته مسقطا حق الغرماء والورثة عنها فعرفنا أنها انما لاتسعى للغرماء
والورثة لانه لم يبق فيها صفة المالية والتقوم بخلاف المدبرة فان احرازها للمالية حين لم يظهر
منه قصدالى احرازهاللملك المتعة ولهذا تقومت في حق الغرماء والورثة اذا عرفنا هذا الاصل
فنخرج المسائل عليه منها أنه لو مات أحدهما فلا سعاية عليها فى قول أبى حنيفة رحمه الله
تعالى لان نصيب الشريك منها ليس بمال متقوم فلا يلزمها بدله واذا أبرئت عن السعاية
عتقت لبراءتها عن السعاية وعندهما لما كان نصيب الشريك منها مالا متقوما وقد سلم لها
بالعتق فعليها السعاية كما فى الامة اذا أعتقها أحد الشريكين وهو معسر وكذلك لوأعتقها
أحدهما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانها ليست بمال متقوم فلا يكون مضمونا على
الشريك بالافساد ولا بالاتلاف وعندهما يضمن للشريك ان كان موسراً بمنزلة القنة ومنها
أم الولد بين الشريكين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت النسب منه بالدعوة وعتق ولم يضمن
لشريكه شيئاً من قيمته ولاسعاية عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان ولد أم الولد
بمنزلة أمه فلا يكون مالا متقوما عنده وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسراً
ويسعى له الولد ان كان معسراً ومنها ان أم الولد لاتضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه
الله تعالى حتى لو غصبها غاصب فماتت عنده لم يضمن شيئاً لان ضمان الغصب يختص بما
هو مال متقوم بخلاف ضمان القتل فان الحر يضمن بالقتل دون الغصب وعندهما أم الولد
تضمن بالغصب لانها مال متقوم وذكر محمد فى الرقيات ان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى
أم الولد تضمن بالغصب على نحو مايضمن به الصبي الحر حتى لوماتت حتف أنفسها لم يضمن
الغاصب شيئاً ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لاضمان
الغصب ألا ترى أنه يضمن الصبي الحر بمثله والذى يوضح كلام أبى حنيفة أن الباقى للمولى
على أم ولده ملك الخدمة والمنفعة والمتعة وملك المتعة لايضمن بالاتلاف ولا بالغصب
بخلاف المدبرة فالباقى عليها ملك المالية حتى يقضى دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن
بالاتلاف ويدخل على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فصل أم ولدالنصرانى اذا أسلمت وفصل

المغرور بام الولد وسنبين عذر كل فصل فى موضعه فان كانت أم ولد لرجل خالصة فاعتق نصفها عتق جميعها ولا سعاية عليها اما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا سعاية عليها بحال وبراءتها عن السعاية توجب عتقها وعندهما هي كالامة القنة فى هذا الحكم ﴿قال﴾ أمة بين رجلين ولدت ولدين في بطن واحد أو بطنين مختلفين فادعى أحدهما الولد الأكبر والآخر الاصغر معا فانا كان في بطن واحد فهما ابناهما جميعا لانهما خلقا من ماء واحد فدعوة كل واحد منهما لأحدهما تكون دعوة لهما وان كانا فى بطنين فالاكبر ولد الذى ادعاه لانه ادعى نسب ولد جارية مشتركة بينهما وقد حصل العلوق فى ملكهما فتستند دعوته الى حالة العلوق وتصير الجارية أم ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها لمدعى الاصغر فأما الاصغر فى القياس عبد لمدعى الاكبر بمنزلة أمه لا يثبت نسبه لمدعيه لان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر من حين علقت به فمدعى الاصغر ادعى نسب ولد أم ولد الغير فلا تصح دعوته ويضمن جميع العقر لاقراره بوطء أم ولد الغير وقد سقط الحد عنه للشبهة وفي الاستحسان يثبت نسب الاصغر من مدعى الاصغر لانها حين علقت بالاصغر كانت مشتركة بينهما في الظاهر فيصير ذلك شبهة معتبرة فى اثبات نسب الاصغر من مدعيه بالدعوة وقيام الملك له فى نصفها ظاهراً عند ذلك بمنزلة المغرور ونسب ولد المغرور يكون ثابتا باعتبار الظاهر وان تبين الامر بخلافه ويضمن قيمته كاملة لشريكه اما على أصلهما فلا يشكل لان ولد أم الولد عندهما مال متقوم وقد تبين أن مدعى الاصغر أتلفه بالدعوة على مدعى الاكبر وانما الاشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى والعذر أن يقول سقوط المالية والتقوم باعتبار ثبوت حق أمية الولد ولم يثبت فى هذا الولد لانه انفصل من أمه قبل ثبوت حق أمية الولد فيها بدعوة مدعى الاكبر وما لم يثبت الحق فى الام لا يسرى الى الولد فلهذا ضمن قيمتها لشريكه أو عذره هنا نظير عذره فى المغرور بأم ولد الغير ان الولد يكون حراً بالقيمة لانه تعلق حر الاصل وثبوت أمية الولد فيه مبنى على ثبوت الرق فاذا لم يثبت الرق فيه أصلا لا يثبت حكم أمية الولد فيه وانما يضمن قيمته لانه منع حدوث الرق فيه بسبب الغرور فهذا مثله ﴿قال﴾ ويضمن العقر لشريكه وقال في موضع من كتاب الدعوي يضمن نصف العقر لشريكه وليس هذا باختلاف الرواية لكن مراده هنا بيان جميع مايجب عليه ومراده ثم بيان حاصل مايبقى عليه لانه قد وجب له على مدعى الاكبر نصف العقر فنصف

العقر بنصف العقر قصاص يبقى لمدعى الاكبر على مدعى الاصغر نصف العقر قال وكذلك لو كان مدعى الاكبر ذميا ومدعى الاصغر مسلما لان كل واحد منهما منفرد فيما ادعى والترجيح بالاسلام عند المزاحمة فأما عند عدم المزاحمة تصح دعوة الذمي كما تصح دعوة المسلم ﴿ قال ﴾ أمة بين رجلين فجاءت بولدين في بطن واحد أحدهما حي والآخر ميت فادعى أحدهما الميت ونفى الحي لزمه الحي لانهما خلقا من ماء واحد ودعوته أحدهما بمنزلة دعوتهما فيثبت نسب الحي منه ولا يملك نفيه بعد ذلك ﴿فان قيل﴾ الميت ليس بمحل للدعوة بدليل أنه لولم يكن معه ولد حي لا يثبت نسبه منه فاذا لم تصادف دعوته محله كان لغوا ﴿ قلنا ﴾ انما لا تصح دعوته نسب الميت لانه غير مفيد وهذا المعنى ينعدم اذا كان معه في ذلك البطن ولد حي ولان معنى قوله هو ابني أي مخلوق من مائي حتى تصير الجارية أم ولد له فاذا كان هناك ولد حي فاقراره بأن الميت مخلوق من مائه اقرار بأن الحي مخلوق من مائه لانهما خلقا من ماء واحد فلهذا أثبتنا نسب الحي منه وكذلك لو ادعى كل واحد منهما الميت أو ادعى كل واحد منهما أحد الولدين ثبت نسب الحي منهما جميعاً لما بيناه ﴿قال﴾ واذا قال أحد المولين اذا كان في بطنها غلام فهو مني وان كانت جارية فليست مني وقال الآخر ان كانت جارية فهي مني وان كان غلاما فليس مني والقول منهما معاً فولدت من ولد في ذلك البطن فهو لهما جميعا لان أصل الدعوة من كل واحد منهما صحيح لما في بطنها والتقسيم الذي ذكراه باطل فانه رجم بالغيب وتقسيم فيما هو في الرحم ولا يعلم ما في الرحم الا الله تعالى فاذا الغى هذا التقسيم ثبت النسب منهما بالدعوة اذا كان القول منهما معاً وان كان أحدهما سابقا فالولد ولده غلاما كان أو جارية لان أصل الدعوة منه قد صح والتقسيم بطل وقد صارت الجارية أم ولد له فالدعوة من الآخر حصل في غير الملك وفي ولد ثابت النسب من غيره فكان باطلا ﴿ قال ﴾ وان قال أحدهما ان كان في بطنها غلام فهو مني الى سنتين وقال الآخر بعد ذلك بيوم ان كان في بطنها جارية فهي مني الى سنتين فولدت غلامين بعد قولهما لتمام ستة أشهر منذ قالا ذلك لا يثبت النسب بتلك الدعوة فهما رقيقان لهما لانا لم نتيقن بوجودهما في البطن وقت الدعوة وقول المدعيين الى سنتين لغو لانه رجم بالغيب منهما فلا طريق لهما الى معرفة مدة بقاء الولد في البطن وان جاءت بآخرهما لأقل من ستة أشهر من القول الاول وجاءت بالاول قبل ذلك بثلاثة أيام فهما ولدا الاول لانا تيقنا بوجودهما في

البطن حين ادعى الاول فيثبت نسبهما منه وهذا لانهما خلقا من ماء واحد فمن ضرورة وجود أحدهما وقت دعوته وجود الآخر كذلك وان جاءت بالولد الاول لاقل من ستة أشهر من اقرار الثانى ولا كثر من ستة أشهر من اقرار الاول فهما ولدا الآخر لانا لم نتيقن بوجودهما فى البطن وقت دعوة الاول منهما فبطلت دعوته وتيقنا بوجودهما فى البطن وقت دعوة الآخر فلهذا ثبت نسبهما من الآخر وصارت الجارية أم ولد له وماولدت بعد هذا من ولدفهويلزم الآخر الا أن ينفيه ﴿قال﴾ أمة بين رجلين ولدت من رجل قال زوجتمانيها فصدقه احدهما فيه وقال الآخر بل بعنا كها فان نصفها بمنزلة أم الولد لان مدعى البيع قد أقر بأن المستولد استولد ملك نفسه وانها صارت أم ولد له واقراره فى نصيبه منها صحيح لانه مملوك له فى الظاهر قال ونصفها رقيق للذى قال زوجناك لانه ينكر أمية الولد فى نصيبه وقد بينا ان أحد الشريكين في الجارية اذا أقر انها أم ولد لشريكه لايثبت حكم الاستيلاد بهذا الاقرار فى نصيب شريكه اذا كذبه فكذلك اذا أقرأنها أم ولدلغيره ﴿قال﴾ ويعتق نصف الولدحصة الذى أقربالبيع لانه أقربحرية الولد واقراره فى نصيب نفسه صحيح ويسعى الولدفي نصف قيمته للذى أنكر البيع بمنزلة مالو شهد أحد الشريكين على صاحبه بالعتق الا أن هناك يسعى للشاهد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه يدعي السعاية وهنا لايسعي الولد للمقر بالبيع لانه يتبرأ من السعاية ويزعم أن الولد حر الأصل ثم يكون على الواطئ العقر لهما نصفه للمقر بالنكاح ياخذه بحساب المهر لتصادقهما عليه ونصفه لمدعى البيع ياخذه من الوجه الذى ادعى لانهما يتصادقان على وجوب هذا المقدار له وان اختلفا فى جهته فان الزوج يقول هو مهر ومدعى البيع يقول هو ثمن والاختلاف في السبب بعد الاتفاق على وجوب أصل المال لايمنع من الاستيفاء فلهذا يستوفيه من الوجه الذي يدعيه فأما اذامات أب الولدسعت الجارية في نصف قيمتها للمقر بالنكاح لان مدعي البيع يزعم أنها أم ولد لاب الولد وانها عتقت بموته ولاسعاية عليها فيعتبر زعمه في نصيبه ولا يعتبر فى نصيب شريكه فتسعي في نصف قيمتها لمدعى النكاح وهذا عندهم جميعاً لان أمية الولد لم تثبت في هذا النصف على ما بينا ﴿قال﴾ ولو كان الاب ادعى الشراء كانت أم ولد له ويضمن نصف الثمن للذى صدقه بالبيع لان نصيبه منها صار ملكا لاب الولد لتصادقهما على البيع والشراء فيصير الكل أم

ولد

ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للذى كذبه لان البيع في نصيبه لم يثبت فهي كأمة مشتركة بين اثنين يستولدها أحدهما ﴿ قال ﴾ ولو كانت الجارية مجهولة لا تعرف لمن كانت فقال أب الولد زوجتماني وقالا بعنا كها فهى أم ولد له وابنها حر لانها في الظاهر مملوكته فصارت أم ولد وكان ولدها حراً باعتبار الظاهر ولا يصدق هو في الاقرار أنها لغيره فيما يرجع الى ابطال حقهما ويكون على الواطئ القيمة لهما لان اقراره صحيح فى حق نفسه وقد زعم أنها مملوكة لهما فى يده وقد تعذر عليه ردها عليهما فيغرم قيمتها لهذا ولا يسقط حقهما عن هذه القيمة اقرارهما بالبيع لان البيع لم يثبت حين كذبهما ولان تعذر الاسترداد لم يكن باقرارهما بالبيع ألا ترى أنهما وان جحدا البيع والنكاح جميعا لم يكن لهما حق الاسترداد ثم قال في نسخ أبي سليمان رحمه الله وكذلك لو كانت معروفة بأنها لهما وهذا غلط والصواب ماذكر فى نسخ أبى حفص رضى الله عنه ونوادر هشام قال ولو كانت معروفة بأنها لهما كان عليه العقر وهذا لان تعذر الاسترداد هنا باقرارهما بالبيع ألا ترى انهما لو أنكرا البيع والتزويج كانت أمة قنة لهما فيكون اقرارهما بالبيع مانعا لهما من الاسترداد فلهذا لم يكن لهما أن يضمناه قيمتها وانما وجب عليه العقر لاقراره بالوطء في ملك الغير وقد سقط الحد عنه بدعوى النكاح فيلزمه العقر ﴿قال﴾ واذا ادعى الواطئ الهبة وادعيا هما بالبيع والجارية مجهولة لايدرى لمن كانت فهى أم ولد له باعتبار الظاهر لما بينا وعليه قيمتها لهما لان الهبة لم تثبت لانكارهما والبيع لم يثبت بانكاره الا ان تعذر الاسترداد ما كان باقرارهما بالبيع على مابينا بل باستهلاكه جارية زعم أنها لهما فيضمن قيمتها لهما ﴿قال﴾ وان قالا غصبتها وقال صدقتما وهي مجهولة لم يصدق عليها بعد الذي دخلها من العتق باعتبار الظاهر وعليه قيمتها لانه أقر بغصبها منهما وقد تعذر ردها عليهما بما ثبت فيها من أمية الولد ﴿قال﴾ وان صدقتهم بذلك صدقت وكانت أمة لهما لان الحق لها فان تصادقوا على شئ ثبت ذلك بتصادقهم وفي رواية أبي حفص وهشام رضى الله عنهما قال لا تصدق بعد العتق لانها صارت أم ولد لمن هى فى يديه باعتبار الظاهر وكما لا يقبل قولها فى ابطال حقيقة العتق بعد ماحكم بثبوته فكذلك لايقبل قولها فى ابطال حق العتق لما في ذلك من حق الشرع ﴿ قال ﴾ ولو كانت لهما بينة عليها اخذاها وولدها رقيق لهما لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فظهر أنه غاصب زني بجارية مغصوبة فعليه الحد ان لم يدع الشبهة وان ادعي بيعا أو هبة أو

نكاحا سقط الحد عنه لتمكن الشبهة فقد آل الامر الى الخصومة والاستحلاف والحد بمثله يسقط ولكن لا يثبت النسب لان بمجرد دعواه لم يثبت له في هذا المحل ملك ولا حق ملك وثبوت النسب ينبني على ذلك ﴿ قال ﴾ وان ملكها يوما مع ولدها كانت أم ولد له وكان الولد ولده لان اقراره صحيح في حق نفسه وانما لم يصح لقيام حق الغير في المحل فاذا زال بملكه اياها كان كالمجدد للاقرار في هذه الحالة فيثبت نسب الولد منه لانه ادعاه بسبب صحيح محتمل فيكون الولد حراً والجارية أم ولده والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب مكاتبة أم الولد ﴾

﴿ قال ﴾ رضي الله عنه واذا كاتب الرجل أم ولده على خدمتها أو على رقبتها فذلك جائز لانها مملوكة له وعقد الكتابة يرد على المملوك ليتوصل به الى ملك اليد والمكاسب في الحال والحرية في ثاني الحال وحاجة أم الولد الى هذا كحاجة غيرها توضيحه أن موجب الكتابة مالكية اليد في المنافع والمكاسب للمكاتب وأم الولد مملوكة للمولى يداً وكسبا فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل ثم كل مايصلح عوضا في كتابة القن يصلح عوضا في كتابة أم الولد فاذا أدت المكاتبة عتقت لفراغ ذمتها عن بدل الكتابة وان مات المولي قبل أن تؤدي عتقت لان حكم الاستيلاد باق بعد الكتابة ومن حكم الاستيلاد عتقها بعد موته ﴿قال ﴾ ولا شيء عليها من البدل لانها كانت تؤدي لتعتق وقد عتقت فصارت مستغنية عن أداء البدل كما لو أعتقها في حال حياته ويسلم الكسب لها لانها عتقت وهي مكاتبة وبالعتق تتأكد المالكية الثابتة لها بالكتابة ﴿قال﴾ وان باعها نفسها أو أعتقها على مال فقبلت فهي حرة والمال دين عليها لان أقل درجاتها ان يكون للمولى عليها ملك المتعة واسقاطه الملك ببدل عليها صحيح كالطلاق بجعل والمال دين عليها لانها التزمته بقبولها فان مات المولى لم يسقط ذلك الدين عنها لان حكم الاستيلاد بطل بعتقها في حياته وانما المال دين عليها وليس للاستيلاد تأثير في الابراء عن الدين ﴿ قال ﴾ وان كاتب أم ولده فجاءت بولد بعد الكتابة لاكثر من ستة أشهر ثم مات المولى قبل أن يقر به لايلزمه النسب لانها بالكتابة حرمت عليه حتى يمنع من وطئها ولو وطئها يغرم عقراً خارجا من ملكه والفراش ينعدم

بمثل هذه الحرمة فاذا جاءت بالولد لمدة يتوهم أن تكون من علوق حادث بعد الكتابة لم يثبت النسب وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فهو ثابت النسب من المولى لتيقننا انها علقت به قبل الكتابة وهو حر وقد عتقت هي أيضا بموت المولى ﴿ قال ﴾ وان كان حيا فادعاه فهو ابنه وان جاءت به لاكثر من سنتين لانها ما صارت فراشا لغيره وحرمتها على المولى اذا كانت بسبب لا تزيل ملكه عنها ولا تجعلها فراشا لغيره يمنع ثبوت النسب منه قبل الدعوة ولا يمنع ثبوت النسب منه بعد الدعوة كما لو حرمت بجماع ابن المولى إياها ولانا قبل الدعوة انما لا نثبت النسب منه تحرزا عن الحكم عليه بارتكاب الحرام ووجوب العقر ويسقط اعتبار هذا التحرز اذا أقر هو بالولد فان جنت فى كتابتها جناية سعت فيها لان موجب جنايتها كان على المولى قبل الكتابة لان كسبها للمولى وقد زال ذلك بالكتابة فانها صارت أحق بكسبها أو كان موجب جنايتها على المولى لانه بالاستيلاد كان مانعا دفعها بالجناية وقد انعدم هذا المعنى بالكتابة لان المكاتبة ليست بمحل للدفع فهي والقنة اذا كوتبت سواء ﴿ قال ﴾ وان جنى عليها كان الارش لها لان ارش الجناية بمنزلة الكسب وهى أحق بمكاسبها ﴿ قال ﴾ وان ماتت وتركت ولدا ولدته في المكاتبة من غير المولى سعى فيما على أمه لانه انفصل عنها وهى مكاتبة فيكون حكمه حكمها باعتبار أنه جزء من اجزائها وقد كانت في حياتها تسعى على النجوم لحاجتها الى تحصيل العتق لنفسها بالاداء وحاجة هذا الجزء الى ذلك كحاجتها فتبقى الكتابة ببقاء هذا الجزء ﴿ قال ﴾ ولو اشترت ابنا لها عبدا لم يكن لها أن تبيعه لانه صار داخلا في كتابتها فان بالكتابة ثبت لها نوع مالكية فاذا كان لها نوع مالكية ثبت مثل ذلك لولدها وقد بينا أن من يكاتب عليها يكون مملوكا للمولى حتى اذا أعتقه نفذ عتقه فيه وابنها وأبواها في ذلك سواء الا أنها اذا ماتت عن هذا الابن المشترى فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يسعى على هذه النجوم كالابن المولود فى الكتابة وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فى القياس يباع هذا الولد فى الكتابة لانه انفصل عنها قبل ثبوت أمية الولد فيها فلم يثبت حق أمية الولد لهذا الولد وان ملكته فيباع بعد موتها فى المكاتبة كسائر أكسابها بخلاف المولود في الكتابة فانه بمنزلتها لانه انفصل منها وهى أم ولد مكاتبة وفى الاستحسان ان جاء بالمكاتبة حالا قبل منه ولم يبع فيها لانه فى الحقيقة جزء منها فيقوم مقامها فى أداء الكتابة الا أنه ليس بجزء من مكاتبة فلا يبقى الاجل

ببقائه ولكن يأتى بالمال حالا فيكون مقبولا منه لما فيه من حصول مقصود المولى بخلاف المولود فى الكتابة لانه جزء من المكاتبة يقرره أن السراية من الاصل الى الجزء المتصل دون المنفصل فيثبت حقيقة سراية العقد الى الولد المولود في الكتابة فيسمي على النجوم ولا يثبت حقيقة سراية العقد الى الولد المشترى فلا يثبت النجوم فى حقه ولكن فيما هو المقصود وهو تحصيل العتق بالاداء حكم هـذا الجزء وحكم الاصل سواء فاذا جاء بالمال حالا يقبل منه ﴿قال﴾ ولو كانت اشترت أباها أو أمها فانه يؤخذ فيهما بالقياس بعـد موتها فيباعان فى المكاتبة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان الاب والام ليسا بجزء من الولد وامتناع بيعهما عليهـا فى حياتها كان لمـالهما من الحق فى كسبها وقد انعدم هـذا المعنى بموتها لان حاجتها مقدمة على حاجة أبويها فلهذا يباعان فى مكاتبتها بخلاف الولد فانه جزء منها فيجعل بقاء هذا الجزء كبقائها فيما هو المقصود وقد بدا اختلافهم فى غير الوالدين والمولودين من القرابات أنه هل يمتنع عليها بيعهم الا أن الحاكم الجليل رضي الله عنه ذكر فيما سبق أن القياس والاستحسان عند أبي حنيفة رحمه الله فى الاخوة وغيرهم وقد نص هنا في الاصل أن القياس والاستحسان فى الاب والام في القياس لها أن تبيعهما لانهما لا يتبعانها فلا يمكن اثبات حكم الكتابة فيهما بطريق التبعية ولهذا لا يمتنع بيعهما بعد موتها وفى الاستحسان يمتنع عليها بيعهما لان حق الوالدين يثبت فى الكسب ولها كسب على ماقررنا وهـذا هو الاصح ﴿قال﴾ واذا أسلمت أم ولد النصراني قومت قيمة عدل فبيعت بقيمتها لانه تعـذر ابقاؤها في ملك المولى ويده بعـد اسلامها واصراره على الكفر فتخرج الى الحرية بالسعاية كما بينا في معتق البعض وهذا لان ملك الذمي محترم فلا يمكن ازالته مجانا وهو اشكال لهما على أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى أن رق أم الولد مال متقوم وان وراء ملك المتعـة عليها شئ آخر فان ملكه المتعة فى هـذه الحالة يزال من غير بدل كما لو أسلمت امرأته وأبى أن يسلم والعذر لابي حنيفة رحمه الله تعالى من وجهين (أحدهما) أن الذمى يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها لذلك لانه معتقد جواز بيعها وانما بني في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في مالية الخمر (والثاني) أن ملكه فيها محترم وان لم يكن مالا متقوما وقـد احتبس عنـدها لمعني من جهتها فيكون مضمونا عليها عنـد الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمـه بدله ولم يبين مقـدار قيمتها وهي أم ولد

وهذا مشكل فانها لوكانت بحيث تباع فلا نقصان فى قيمتها ولكن قيل قيمة المدبرة قدر ثلثي قيمتها قنة وقيمة أم الولد قدر ثلث قيمتها قنة لان للمالك فى مملوكه ثلاث منافع الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء ديونه من ماليته بعده فبالتدبير ينعدم أحد هذه المعانى وهو الاسترباح ويبقى منفعتان وبالاستيلاد ينعدم اثنان ويبقى واحد فتتوزع القيمة على ذلك ثم لاتعتق مالم تؤد السعاية عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى تعتق فى الحال والسعاية دين عليها لان ازالة ذل الكافر عن المسلم واجب وفى استدامة الملك عليها ذل ولكنا نقول الذل فى الاستخدام قهراً بملك اليمين وذلك يزول بالاستسعاء لانها تصير بمنزلة المكاتبة أحق بنفسها ومكاسبها فالمقصود يحصل بهذا ودفع الضرر عن الذمى واجب ولو قلنا يزول ملكه عنها في الحال ببدل في ذمة مفلسة والمال فى ذمة المفلس تاو لأدى الى الاضرار به وكان هذا فى الحكم بمنزلة ازالتها عن ملكه بغير بدل ولهذا لاتعتق مالم تؤد السعاية وليس لها ان تعجز نفسها الا أن يسلم المولى وان مات المولى أعتقت وسقط عنها السعاية وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى تخارج معنى هذا انها تخرج من يد المولى وتؤمر بأن تكتسب وتنفق على نفسها الى أن يموت المولى فحينئذ تعتق فانه لا يرى السعاية على المملوك بحال فجعل طريق ازالة الذل اخراجها من يد المولى كما قلنا ولو ولدت لاكثر من ستة أشهر منذ صارت مستسعاة لم يثبت نسبه من المولى لانها في حكم المكاتبة ولو ماتت كان على هذا الولد ان يسعى فيما على أمه بمنزلة المولود في الكتابة ﴿قال﴾ واذا اختلف المولى وأم الولد في المكاتبة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتحالفان وتنفسخ المكاتبة بعد التحالف وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان الكتابة فى معني البيع من حيث أنه لايصح الا بتسمية البدل وأنه يحتمل الفسخ بعد تمامه ثم رجع فقال يكون القول قولها ولا يتحالفان لان حكم التحالف فى البيع ثابت أيضا بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه والكتابة ليس فى معنى البيع اما من حيث الصورة فالبيع مشروع للاسترباح مبنى على الضيق والمماكسة والكتابة للارفاق مبنى على التوسع ومن حيث المعنى الكتابة بعد تمامها بأداء البدل لا تحتمل الفسخ بخلاف البيع وفي الحال موجب العقد اثبات صفة المالكية يداً في المنافع والمكاسب فما مضى منه فائت لايتحقق رده فعرفنا أنه ليس في معنى المنصوص من كل وجه فلو ألحق به بالمشاركة في بعض الاوصاف كان قياسا والثابت

بخلاف القياس لا يمكن اثباته بطريق المقايسة توضيحه أن البيع لازم من الجانبين فكان المصير الى التحالف فيه مفيداً حتى اذا نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه وفى الكتابة هذا لا يتحقق فانها لو نكلت لايلزمها شئ وكان لها أن تعجز نفسها فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول قولها مع يمينها لانكارها الزيادة وان أقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه يثبت الزيادة ببينته الا أنها ان ادعت مقدارما أقامت البينة عليه تعتق لانها أثبتت الحرية لنفسها عند أداء هذا المقدار فوجب قبول بينتها على ذلك بمنزلة مالو كاتبها على ألف درهم على أنها متى أدت خمسمائة عتقت وهذا لانه لايبعد أن يكون عليها بدل الكتابة بعدعتقها كما اوأدت الكتابة بمال مستحق تعتق وبدل الكتابة عليها بحاله ﴿قال﴾ واذا كاتب أم ولده على ألف درهم أو أمته على ألف درهم على ان يرد عليها وصيفا وسطاً فالكتابة باطلة فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز الكتابة وتقسم الالف على قيمتها وعلى قيمة وصيف وسط فتكون مكاتبة بما يخصها ولا خلاف أن العقد في الوصيف باطل لانها تكون مشترية للوصيف من مولاها وشراء الحيوان بغيرعينه باطل ثم وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الالف مذكور بمقابلة شيئين فيقسم عليهما بالقيمة وامتناع ثبوت حكم العقد فى احدهما لا يمنع ثبوته في الآخر كما او كان الوصيف بعينه فاستحقه انسان يكون العقد صحيحاً فى حقها بما يخصها من البدل ولا يجوز ابطال هذا العقد لمعنى الجهالة فى بدل الكتابة لان هذه الجهالة باعتبار ذكر الوصيف وهو لايمنع صحة الكتابة كما لو كاتبها على وصيف وسط لان هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة لان قيمة الوصيف الوسط معلوم فاذا قسم الالف على قيمتها وقيمة وصيف وسط تتبين حصتها على وجه لا يبقى بينهما منازعة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان الحيوان بغير عينه ليس بمحل للبيع أصلا وانقسام البدل من حكم الدخول فى العقد فاذا لم يدخل الوصيف فى العقد كان هذا كتابة بالحصة ابتداء والكتابة بالحصة لاتصح كما لو كاتبها على مايخصها من الالف اذا قسم على قيمتها وقيمة عبد آخر والدليل عليه أنه لو خاطب عبدين بالكتابة بألف فقبل أحدهما دون الآخر لم يكن صحيحا لانه لو صح كان بحصته من الالف حتي لو كان سمي بمقابلة كل واحد منهما شيئاً معلوما صح القبول من أحدهما وهذا لان الكتابة فى الحاجة الي تسمية البدل وفسادها بالشروط التى تمكن فى

صلب العقد بمنزلة البيع والبيع بمثل هـذه الجهالة يبطل فكذا الكتابة وليس هـذا بمنزلة الكتابة على وصيف فان بالاجماع لو تزوج امرأة على وصيف صحت التسمية ولو تزوجها على ما يخصها من الالف اذا قسم على مهر فلانة لا تصح التسمية وكان لها مهر مثلها ثم المعنى أن تعين صفة النبطية في الوصيف باعتبار استحقاقه بعقد المعاوضة وذلك يتحقق اذا سمي الوصيف بدلا في الكتابة ولا يتحقق هنا لما لم يصر الوصيف مستحقاً بالعقد ﴿قال﴾ ولو ضمن رجل لرجل عن أم ولده المكاتبة فهو باطل كما في القنة فانه ليس لها ذمة صحيحة في حق المولى مالم تعتق فلا يكون مال الكتابة ديناً متقرراً عليه ﴿قال﴾ واذا أسلمت أم ولد النصرانى فكاتبها بأكثر من قيمتها جازت الكتابة لان المقصود يحصل بهذا العقد وهو اخراجها من يد الكافر (فان قيل) البدل المستحق عليها يقدر بالقيمة شرعا فينبغي أن لا تجوز الزيادة على ذلك كما بينا في معتق البعض ﴿قلنا﴾ هنا ما تعذر على المولى استدامة الملك فيها فانه لو أسلم كان له أن يستديم ملكه فيها فعرفنا ان استحقاق الازالة ببدل مقدر لم يتقرر هنا بخلاف معتق البعض فان عجزت هنا ردت في الرق وتسعى في قيمتها لان اظهار العجز هنا مفيد بخلاف ما اذا كانت مستسعاة في قيمتها ﴿قال﴾ مسلم تزوج أم ولد ذمي فولدت له سعى الولد في قيمة نفسه لانه مسلم باسلام أبيه وهو بمنزلة الام مملوك للمولى الذمي فيجب ازالته عن ملكه بالاستسعاء وكذلك لو كان الزوج كافراً فأسلم لان الولد ما دام صغيرا فانه يصير مسلما باسلام أبيه ﴿قال﴾ مكاتب ذمي اشترى أمة مسلمة فأولدها كانت على حالها لانه يتعذر عليه بيعها وثبت لها نوع حق تبعا لما ثبت من حق الولد فان عتق المكاتب بالاداء تم ملكه فيها وصارت أم ولد للذمي فتسعى في قيمتها فان عجز فرد رقيقا أجبر المولى على بيعها لان الملك تقرر فيها للمولى فلم تصر أم ولد ولكن المولى كافر وهي مسلمة فيجبر على بيعها ﴿قال﴾ حربي خرج الى دارنا مستأمنا ومعه أم ولده لم يكن له أن يبيعها لان حق أمية الولد تبع لحق الولد في النسب والنسب يثبت في دار الحرب كما يثبت في دارنا فكذلك ما ينبنى عليه من أمية الولد لها وكما لا يمكن من بيع ابنه في دار الاسلام فكذلك لا يمكن من بيع أم ولده ولو أسلمت سعت في قيمتها لان ملك المستأمن محترم كملك الذمي فيتعذر ازالة ملكه عنها مجانا فلهذا سعت في قيمتها والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب دعوى الرجل رق الغلام في يده

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه غلام صغير لاينطق في يد رجل فقال هذا عبدي فهو كما قال اذا لم يعرف خلافه لانه لا يد له في نفسه ولا قول فيتقرر قول ذي اليد عليه وما في يده مملوك له باعتبار الظاهر فاذا ادعي مايشهد له الظاهر به كان القول فيه قوله كما لو كان في يده دابة أو ثوب فقال هذا لى ﴿قال﴾ وان أدرك الصغير فقال أنا حر الاصل فعليه البينة لأنه يدعي ابطال ملك ثبت عليه لذى اليد بدليل شرعي فلا يقبل ذلك منه الا بحجة ﴿قال﴾ وان كان حين ادعاه الذي فى يده يعبر عن نفسه فقال أنا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه وله قول معتبر شرعا فلا تتقرر عليه يد ذى اليد مع ذلك بل يد نفسه تكون دافعة ليد ذى اليد لانها أقرب اليه فكان القول قوله فى حريته لتمسكه بما هو الاصل وكذلك لو قال الغلام أنا لقيط لان اللقيط حر باعتبار الاصل والدار فهو كقوله أنا حر فان أقام الذى فى يده البينة أنه عبده وأقام الغلام البينة أنه حر أخذت بينة الغلام لانه يثبت حرية الاصل ببينته وبينة الملك لاتعارض بينة الحرية من وجهين (أحدهما) أن الحرية لاتحتمل النقض والفسخ والملك يحتمل الابطال (والثاني) أن الاثبات فى بينة الحرية أكثر لانه يتعلق بالحرية أحكام متعدية الى الناس كافة ولان فى بينته ما يدفع بينة ذى اليد وليس فى بينته ذى اليد ما يدفع بينته فان الحرية تحقق بعد الملك وان قال الذى فى يده هذا عبدى وقال الغلام أنا عبد فلان فهو عبد الذى فى يديه لانه لما أقر بالرق على نفسه لم يبق له يد ولا قول معتبر في نفسه بل تتقرر يد ذى اليد عليه فالقول قوله انه ملكه بخلاف الاول فان هناك هو ينكر رقه أصلا وقوله فى دفع الرق عن نفسه مقبول وفي تعيين مالكه غير مقبول لانه يحول به ملكا ثابتا لذى اليد الى غيره وكذلك لو كان فى يدي رجلين يدعى كل واحد منهما انه له فقال هو أنا عبد أحدهما لا نه لما أقر بالرق على نفسه تقررت يدهما عليه وان كان لا ينطق فأقام أحدهما البينة انه عبده وأقام الآخر البينة انه ابنه من أم ولده قضى به للذى ادعاه لان في بينته زيادة اثبات النسب والحرية للولد فتترجح بذلك فان أقام كل واحد منهما البينة أنه عبده ولد عبده ووقتت احدى البينتين وقتا بل وقت الاخرى قضى به للاول اذا كان بذلك الميلاد معناه اذا كان سن الغلام موافقا للوقت الاول فقد ظهر علامة الصدق فى شهادة

شهوده وعلامة الكذب فى شهادة شهود الآخر وان علم أنه على غير ذلك الميلاد قضى به للآخر لان علامة الكذب ظهرت فى شهادة أسبق التاريخين وذلك مانع من العمل بها فان كان يشك فيه قضى به بينهما لاستواء الحجتين فان كان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه من حين ولد لان الملك لا يسبق الولادة ولا يعتبر سبق التاريخ مع ذلك ولكن لما كان كل واحد من الامرين محتملا قضى به بينهما وقيل هذا قولهما فأما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي أن يقضى به لصاحب الوقت الاول لانهما استويا فى معني الاحتمال وصاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه فى وقت لاينازعه فيه أحد فيجب القضاء بالملك له ثم لايستحق عليه بعد ذلك الابسبب من جهته وانلم توقت واحدة منهما وقتا غير أن احدي البينتين شهدت أن هذا المولى أعتق أمه قبل أن تلده أو دبرها أوأعتق الغلام وأمه حامل به أو دبره قضى به لصاحب العتق لانه فى بينته زيادة اثبات الحرية للغلام اما مقصوداً أو تبعا لامه ولان العتق قبض من المعتق فباثباته العتق أو التدبير يثبت أن اليد له وبينة ذى اليد تترجح فى اثبات الملك من وقت الولادة ألا ترى أنه لو كان فى يد غيرهما فأقام كل واحد منهما البينة أنه عبده غير أن احدى البينتين شهدوا أنه دبره أوأعتقه البتة يقضى به له لا نه بالتدبير والعتق يستحق الولاء والولاء كالنسب ولو كان فى احدى البينتين زيادة اثبات النسب ترجحت بذلك فكذلك الولاء ﴿قال﴾ صبي فى يدى رجلين ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه عبده فهو حر وابن الذى ادعاه لانه يقر له بالنسب والحرية واقراره فيما في يده صحيح وثبوت النسب والحرية في البعض ينفى الرق فيما بقى منه وان كان فى في أيديهما يتجاذبانه فمات من عملهما بعد هذه المقالة فالدية على عاقلتهما لأنهما قتلاه خطأ بعد ماحكم بحريته ونسبه لمدعى البنوة ويكون ذلك لاقرب الناس منه بعد الذي ادعي أنه ابنه لانه قاتل فيكون محروما عن الميراث واذا صار محروما كان كالميت واذا ادعى كل واحد منهما أنه عبده ولد عنده من هذه الامة لامة واحدة والامة فى يد أحدهما وهي مقرة بالملك له فالامة لمن هى فى يده والولد بينهما لان الاستحقاق باعتبار اليد وقد اختص أحدهما باليد فى الامة واستويا فى اليد فى الولد ﴿فان قيل﴾ لما ثبت الملك فى الامة لاحدهما والولد يتبع الام فى الملك فينبغي ان يقضى بالولد له ﴿قلنا﴾ ثبوت الملك له فى الامة باعتبار يده واليد حجة دافعة للاستحقاق لاموجبة له فلا يستحق به مافى يد الآخر من الولد وعلى هذا لو كان

الصبي في يد أحدهما والام في يد الآخر فلكل واحد منهما ما في يده على ما بينا قال أرأيت لو كانت جدته في يد الآخر أكان يدفع الى الصبي من كانت جدته في يده هذا بعيد ﴿قال﴾ واذا كان الصبي في يد رجل فاعتقه ثم جاء آخر يدعى أنه عبده ويقيم البينة على ذلك فانه يقضى به لان اليد لا تعارض البينة بل تبين بهذه البينة ان ذا اليد أعتق ملك غيره الا أن يقيم المعتق البينة انه كان له ولد عنده أو أعتقه فحينئذ تترجح بينته لما قلنا ﴿قال﴾ واذا كان العبد في يد رجل فدبره أو أعتقه ثم أقام الآخر البينة أنه له وأقام ذو اليد البينة أنه له أعتقه أو دبره فهو أولى لانه يثبت زيادة العتق واستحقاق الولاء ولان حجة ذى اليد في الحقيقة للعبد فانه يثبت به حريته وولاءه والولاء كالنسب فكأنه هو الذي يقيم البينة على ذلك ﴿قال﴾ واذا كان الصبي في يد رجل فباعه من رجل ثم ادعي أنه كان دبره أو أعتقه قبل البيع لم يصدق على ذلك لانه متناقض في دعواه ولانه يسعى في نقض ما قد تم به وهو البيع كذلك لو ادعى أنه ابنه ولم يكن العلوق به في ملكه لان هذا دعوة التحرير ودعوة التحرير لا تصح كالاعتاق من غير المالك الا أن يكون العلوق به في ملكه فيصدق على النسب حينئذ فيفسخ البيع فيه لان حق استحقاق النسب يثبت له بالعلوق في ملكه ولم يبطل ذلك بالبيع لان البيع دونه في احتمال النقض وهذه زفرية موضعها كتاب البيوع والدعوى وان لم يكن شيء من ذلك ولكن الصبي أدرك فاقام البينة أنه حر عتق ولا شيء عليه لانه أثبت حريته بالحجة وانما يرجع المشترى بالثمن على البائع فان كان كبيراً مقراً بالملك وأمر المشترى أن يشتريه وأخبره أنه عبد للبائع فاشتراه ثم أقام البينة انه حر عتق لانا قد بينا أن التناقض لا يمنعه من اثبات حرية الاصل بالبينة كما لا يمنعه من اثبات النسب لان حرية الاصل لا ناقض لها فان لم يقدر المشترى على الذى باعه كان له أن يرجع على العبد بالثمن الذى أداه الى البائع لانه مغرور من جهته حين أقر بالملك وأمره أن يشتريه وصحة البيع كان بقوله فانه لو قال أنا حر ما كان يشتريه أحد ولا يصح البيع فيه والغرور متى تمكن في عقد المعاوضة فهو مثبت حق الرجوع للمغرور على الغار وصار كأنه التزم للمشترى سلامة نفسه أو رد الثمن عليه الا أن البائع اذا كان حاضراً فرجوعه على البائع لانه هو الذى قبض الثمن حقيقة والمشترى سلمه اليه مختاراً فاذا تعذر الرجوع عليه بعينه كان له أن يرجع على العبد ليندفع الضرر عنه ثم يرجع العبد بذلك على البائع لانه يقوم مقام المشترى

فى الرجوع عليه حين ضمن له بالثمن وان كان المشتري أقر بحريته عتق باقراره وولاؤه موقوف ولا يرجع بالثمن على البائع ولا على العبد لان اقراره ليس بحجة عليهما والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب ما لا يثبت النسب فيه من أم الولد

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا زوج الرجل أمته من عبده فولدت ولداً فادعاه المولى لم يثبت نسبه منه لان نسبه ثابت من العبد بالفراش فلا يثبت من غيره ولكنه يعتق عليه وتصير الجارية أم ولده لما ذكرنا قبل هذا واذا استولد الرجل جارية غيره وادعي شبهة بشراء أو غيره وكذبه مولاها لم يثبت نسبه لان بمجرد دعواه لم يثبت له شبهة فى المحل فى حق مولاها حين عارضه بالتكذيب وثبوت النسب ينبني على وجود الشبهة في المحل فان ملكه يوما ثبت نسبه منه لان الشبهة فى المحل في حقه تثبت بقوله فان خبره محمول على الصدق فى حقه الا أنه امتنع العمل به للمعارضة من مولاها وحق المعارضة كان له باعتبار ملكه فاذا زال ذلك سقطت معارضته وخلص الحق للمدعى حين ملكه فيثبت النسب منه كما لو وجد الاقرار فى الحال وان أعتقه مالكه فهو مولاه ولا يثبت نسبه من المدعى الا أن يصدقه الغلام فحينئذ يثبت النسب منه لان الحق في نسبه خلص له وقد تقرر بالتصديق منه وليس فى ثبوت نسبه تعرض للولاء الثابت للمولى اذ لا منافاة بينهما ﴿فان قيل﴾ قبل العتق ليس فى اثبات النسب أيضا تعرض للملك الثابت للمولى ﴿قلنا﴾ نعم ولكن النسب لا يثبت الا بحجة ومجرد الدعوى مع قيام المعارضة لا يكون حجة فأما دعواه عند تصديق الغلام بنفوذ العتق يكون حجة ﴿قال﴾ واذا استولد الاب جارية ولده غصبا والولد صغير أو كبير مسلم أو ذمى أو مستأمن أو مرتد وقد علم الاب أنها عليه حرام وادعاه بعد الولادة ثبت نسبه منه كذبه الولد فى ذلك أو صدقه وهو ضامن لقيمتها وهى أم ولد له ولا عقر عليه أما سقوط الحد عنه مع العلم بالحرمة فللتأويل الثابت له فى مال الولد بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وأما ثبوت النسب منه فلان حق التملك له في مال ولده عند حاجته ثابت الا أن ما كان من أصول الحوائج كالنفقة يتملك بغير عوض وفيما دون ذلك يتملك بعوض وهو محتاج هنا الى صيانة مائه عن الضياع فيتملكها بضمان القيمة سابقا على الاستيلاد وقد بينا

فروع هذه المسألة فيما أمليناه من شرح الدعوى والفرق بينهما اذا كان الولد كافراً والوالد مسلماً أو على عكس ذلك وما استقر عليه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ان حكمه كحكم المغرور وبينا فى كتاب النكاح أيضاً ان الأب لو كان تزوجها باذنه أو بغير اذنه بنكاح صحيح أو فاسد والاب حر أو عبد لم تصر أم ولد له لانه مستغن عن تملكها فى ثبوت نسب ولده فان شبهة النكاح تكفي لذلك وفي الكتاب قال هذا والأول سواء فى القياس يعنى لا يتملكها ولكن يثبت النسب باعتبار الغرور كما استقر عليه قول أبي يوسف غير أنى أخذت فى الاول بالاستحسان يعنى أن تملكها عليه بضمان القيمة بهذا السبب نوع استحسان لتحقق صيانة مائه ولاثبات حرية الاصل للولد وحق أمية الولد لها ﴿قال﴾ ولو ولدت أمة الرجل ولداً وأدعاه المولى وأبوه معا فالمولى أحق به لان صحة دعوته باعتبار حقيقة الملك وصحة دعوة الاب باعتبار تأويل الملك وتأويل الملك لا يعارض حقيقة الملك ثم دعوة الولد تمنع الاب من ان يتملك الجارية بدعوته وبدون هذا الشرط لا يصح استيلاده ولا يثبت النسب منه ﴿قال﴾ واذا وطئ الرجل أمة لمكاتبه فولدت ولداً فادعاه وصدقه المكاتب فهو ولده بالقيمة وعليه العقر لان له حق التملك فى كسب العبد المكاتب وذلك بمنزلة المغرور أو أقوى منه فكما يثبت النسب هناك ويكون الولد حراً بالقيمة وعليه العقر فكذلك هنا الا أنه اعتبر تصديق المكاتب لان المولى حجر على نفسه التصرف في كسب المكاتب والدعوة تصرف فلا ينفذ الا بتصديق المكاتب بخلاف الاب فانه ما حجر على نفسه التصرف فى مال الولد عند الحاجة فلا يحتاج الى تصديق الولد ثم عند التصديق فى المكاتب لا تصير الجارية أم ولد له لان حق الملك ثابت له فى كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد ألا ترى أن بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية يوضحه أنه ليس للمولى حق التملك فى كسب المكاتب عند الحاجة وللاب ذلك فى ملك الولد فاذا ملك المولى الجارية يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له فى المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا أن بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه ﴿قال﴾ وان وطئ مكاتبة مكاتبه فولدت ولداً فادعاه وصدقته المكاتبة

الاخيرة فهو ابنه لانها بعقد الكتابة صارت أحق بنفسها وولدها فتصديقها في هذه الحالة كتصديق المكاتب حين كانت أمة له فيثبت النسب وعليه العقر لها لانه وطئها بعد ما صارت أحق بنفسها والغلام بمنزلة أمه داخل في كتابتها بخلاف الاول فالغلام هناك حر بالقيمة لان سبب بعدها من المولى هناك واحد وقد تعدد هنا سبب بعدها من المولى فان الكتابة الثانية توجب بعدها من المولى كالاولى فيمنع تعدد أسباب البعد ثبوت الحرية للولد توضيحه أنه لو جعل الولد هنا حراً كان حراً بغير قيمة لانه لا يمكن ايجاب القيمة للام فانها تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وولدها ولا يمكن ايجاب القيمة هنا للمكاتب لانه لا حق له في نفسها ولا في ولدها بعد ما كاتبها ولا يمكن اثبات الحرية بغير قيمة لانها ربما تعجز فتخلص للمكاتب وحقه فيها وفي ولدها مرعى فلهذا لا يحكم بحرية الولد هنا وفي الاول اثبات الحرية بالقيمة ممكن فلهذا أثبتناه فان عجزت هي أخذ المولى الولد بالقيمة لان الكتابة الثانية انفسخت فكانها لم تكن وان كانت كذبته لم يثبت النسب منه وان عجزت لانعدام الدليل الموجب لصحة الدعوى وهو التصديق ممن الحق له الا أن يملكه فحينئذ يثبت النسب منه لان الحق خلص له فكأنه جدد الدعوة الآن ﴿قال﴾ وان ادعى ولد جارية امرأته أو أحد أبويه لم يثبت النسب منه بحال لان ثبوت النسب باعتبار الشبهة في المحل وقد انعدم الا أنه اذا قال ظننت أنها تحل لي يدرأ عنه الحد وان قال علمت بالحرمة يلزمه الحد لان الشبهة من حيث الاشتباه وهو انه ظن بعض ما يظن مثله فانه قال لما كانت المرأة حلالا لي فكذلك جاريتها ولما كانت جارية الاب حلالا له فكذلك لي لاني جزء منه وشبهة الاشتباه معتبرة في اسقاط العقوبة في حق من تشتبه عليه ولكن لا يعتبر في اثبات النسب فاذا ملكه يوما عتق ولم يثبت نسبه منه وان ملك أمه لم تصر أم ولد له بمنزلة ما لو استولد جارية الغير بالزنا الا أن يدعي شبهة نكاح فحينئذ اذا ملكها مع الولد يثبت النسب منه وتصير أم ولد له ﴿قال﴾ واذا وطئ الرجل جارية رجل فقال أحلها لي والولد ولدي وصدقه المولى في الاحلال وكذبه في الولد لا يثبت النسب منه لان الاحلال ليس بنكاح ولا ملك يمين فلا يثبت به شبهة في حق المحل في حق مولاها ويكون تكذيبه اياه في الدعوة معارضا مانعا من صحة دعوته فلا يثبت نسبه منه وان ملكه يوما ثبت نسبه منه بسقوط المعارضة بالدعوة وهو بناء على

الاستحسان الذى بيناه فى كتاب الدعوي أن المولى اذا صدقه فى الاحلال والدعوة جميعاً يثبت النسب منه استحسانا لان التزويج ليس بموجب للزوج الا ملك الحل والتمكن من الوطء شرعا والاحلال تمكين من ذلك حساً وفى غير هذا المحل من الطعام وغيره الاحلال يكون مثبتاً حل التناول فيصير ذلك شبهة فى اثبات النسب ولكنها شبهة ضعيفة جداً فلا بد من أن ينضم اليه التصديق من المولى بأن الولد ولده أو خلوص الملك فى الولد للمدعى فان ذلك أقوى من تصديق المولى فلهذا ثبت نسبه منه وان ملك أمه كانت أم ولد له وكذلك عند تصديق المولى يثبت النسب منه وهو عبد لمولاه وكذلك الجواب في جارية الزوجة والابوين اذا ادعى أن مولاها أحلها لى الا أن هناك متى ثبت النسب بالتصديق عتق لقرابته من المولى أبا كان أو أما ﴿ قال ﴾ واذا كانت الامة وولدها فى يد رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة أنه اشتراها منه ونقد الثمن وقبضها فولدت له هذا الولد فان علم الاول منهما فالجارية وولدها له لانه أثبت الحق لنفسه في وقت لا ينازعه أحد فيه وان لم يعلم فالجارية أم ولد لهما والولد ولدهما لتحقق المساواة بينهما فى سبب الملك وفي نسب الولد وفى حق أمية الولد للأم وان كانت فى يدى أحدهما فهو أحق بها لان شراءه متأيد بالقبض وشراء الآخر متجرد عن القبض وعند تعارض البينتين يترجح القابض منهما الا أن يقيم الآخر البينة انه الاول فحينئذ يكون أسبق التاريخين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ باب المدبر ﴾

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اعلم بأن التدبير عبارة عن العتق الموقع فى المملوك بعد موت المالك عن دبر منه مأخوذ من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في أم الولد فهي معتقة عن دبر منه وصورة المدبر أن يتعلق عتقه بمطلق موت المولى كما يتعلق عتق أم الولد به ولهذا قال ابن مسعود رضى الله عنه إن المدبر يعتق من جميع المال كأم الولد وهو قول حماد رضى الله تعالى عنه واحدي الروايتين عن ابراهيم رحمه الله تعالى ولكنا لا نأخذ بهذا وانما نأخذ بقول علىّ وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وابن سيرين رضوان الله عليهم أجمعين أنه يعتق من الثلث لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلي الله عليه وسلم جعل المدبر

من الثلث ولان التدبير خلافة بعد الموت فيتقدر بقدر حقه بعد الموت وحق المولى بعد الموت في ثلث ماله فيعتبر خلافته في هذا المقدار فيكون من ثلثه كسائر الوصايا وفي أم الولد انما يعتق من جميع المال لسقوط قيمة ماليتها على ما قررنا أن الاحراز بعد الاستيلاد لقصد ملك المتعة لا لقصد المالية وبدون الاحراز لا تثبت المالية والتقوم وهذا المعنى لا يتقرر بالتدبير فان التدبير ليس بقصد الى الاحراز لملك المتعة فيبقى الاحراز بعده للتمول واذا بقي ما لا متقوما كان معتبراً من ثلثه وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى انه لا يجوز بيع المدبر وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بيعه لحديث عطاء أن رجلا دبر عبداً له ثم احتاج الى ثمنه فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل يقال له نعيم بن النحام بثمانمائة درهم وعن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها دبرت أمة لها فسحرتها وعلمت بذلك فقالت ماحملك على ما صنعت فقالت حب العتاق فباعتها من أسوأ الناس ملكة والمعنى فيه أن التدبير تعليق العتق بالشرط وذلك لا يمنع جواز البيع كما لو علقه بشرط آخر من دخول الدار أو مجيء رأس الشهر والتدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال بعد الموت والوصية لا تمنع الموصى من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لانسان وهذا لان الوصية ايجاب بعد الموت فتمنع الاضافة ثبوت حكم الوجوب في الحال ﴿ وحجتنا ﴾ حديث نافع عن ابن عمر رحمه الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من الثلث وتأويل حديث عطاء مانقل عن أبي جعفر محمد بن على رحمه الله تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال انما باع خدمة المدبر لا رقبته يعني به أنه أجره والاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة أو يحتمل أنه كان مدبراً مقيداً أو كان في وقت كان بيع الحر جائزاً على ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم انتسخ ذلك الحكم وعن زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله تعالى عنهما قالا لا يباع المدبر وما نقل عن عائشة رضى الله تعالى عنها محمول على المدبر المقيد ليكون جمعاً بينهما والمعني فيه أنه مملوك تعلق عتقه بمطلق موت سيده فلا يجوز بيعه كام الولد ودليل الوصف ان التعلق حكم التعليق وانما يتعلق بما به علق السيد وهو انما علقه بمطلق الموت وتأثيره ان الموت كائن لا محالة وهو سبب للخلافة ألا ترى أن الوارث يخلف المورث في تركته بعد موته فهو بهذا التعليق يكون مثبتاً للمملوك في الحال الخلافة في رقبته بعد موته فيكون ايجاباً في ثاني الحال باعتبار وجود سببه على وجه يصير محجوراً

عن إبطاله كما ان الموت لما كان موجبا الخلافة للوارث فى تركته وسببه المرض ثبت نوع حق لهم بهذا السبب على وجه يصير المريض محجوراً عن التبرع وهـذه الخلافة في العتق الذى لا يحتمل الابطال بعد ثبوته فيتقوى هذا السبب من وجهين أحـدهما أن المتعلق به مما لايحتمل الابطال والثانى ان التعليق بما هو كائن لامحالة وهو موجب للخلافة ولهذه القوة قلنا لا يحتمل الابطال والفسـخ بالرجوع عنـه بخلاف ما يقوله الشافعى رحمـه الله تعالى فى بعض أقاويله وهو ضعيف جداً بأن تعليق العتق بسائر الشروط يحتمـل الفسخ فهـذا الشرط أولى ولهذه القوة يجب حق الحرية له فى الحال على وجه يمنع بيعه ويثبت استحقاق الولاء للمولى على وجه لايجوز ابطاله بخلاف التعليق بسائر الشروط فان دخول الدار ونحو ذلك ليس بكائن لامحالة والتدبير المقيـد وهو قوله ان مت من مرضى هـذا ليس بكائن لامحالة أيضاً والتعليق بمجيء رأس الشهر فان ذلك ليس بسبب موجب للخلافـة وكذلك الوصية برقبتـه لغيره فان ذلك تمليك يحتمل الابطال بعـد ثبوته فلا يجب به الحق بنفسه وتقرر بهذا التحقيق ان المدبر في معني أم الولد الا ان هناك معنيين تعلق بأحدهما وجوب حق الحرية فى الحال وبالآخر سقوط المالية والتقوم ثم وجـد أحـد المعنيـين ههنا دون الآخر فيتعـدى بذلك المعنى حكم ثبوت حق الحرية الى المدبر ولا يتعـدى حكم سقوط المالية والتقوم لانعدام معناه هنا فلهذا كان معتبرا من الثلث على هذا نقول ولد المدبرة يكون مـدبراً لانه وجب حق الحرية لها فى الحال فيسري الى الولد كالاستيلاد وهو دليلنا على الشافعى وبعض أصحابه يمنعون سرايته الى الولد وهو ضعيف جداً لانه مخالف لقول الصحابة والتابعين وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه ولد المدبرة مثـل أمـه وخوصم الى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبـد يباع وما ولدته بعـد التدبير فهو مثلها لايباع وعن شريح وسعيد بن المسيب وقتادة وجماعة منهم رضوان الله عليهم أجمـعين انهم قالوا ولد المدبرة مدبر اذا عرفنا هذا فنقول رجل قال لمملوكه أنت حر بعد موتي أو اذا مت أو ان مت أو متى مت أو اذا حـدث بى حـدث فهذا كله واحـد وهو مدبر لانه علق عتقـه بمطلق موته فانه وان أطلق الحـدث فالمراد به الموت عادة وكذلك لو قال أنت حر يوم أموت لانه قرن باليوم ما لا يمتد ولا يختص بأحـد الوقتين فيكون عبارة عن الوقت فكأنه قال أنت حر وقت موتى فان نوى باليوم النهار دون الليل صحت

نيته

نيته لانه نوى حقيقة كلامه ثم لا يكون مدبراً لانه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة وهو موته بالنهار وربما يموت بالليل فلهذا لا يكون مدبراً ولو قال ان حدث بي حدث في مرضي هذا أو سفري هذا فأنت حر لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لانه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض وفقه هذا الكلام انا انما نوجب حق الحرية بالتدبير في الحال بناء على قصده القربة بطريق الخلافة وهذا القصد منه ينعدم اذا علقه بموت بصفة لان القصد الى القربة لا يختلف بالموت من ذلك المرض أو من غيره فلا نعدام هذا القصد لم يكن مدبراً بخلاف ما اذا علقه بمطلق الموت فان القصد الى ايجاب القربة هناك متحقق حين علقه بما هو كائن لا محالة ولكن ان مات كما قال عتق من ثلثه لان التعليق بالشرط صحيح مع انعدام القصد الى ايجاب القربة واذا وجد الشرط عتق من ثلثه وان برئ من مرضه أو رجع من سفره ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق عتقه به قد انعدم واذا قال أنت حر بعد موت فلان لم يكن مدبراً لان موت فلان ليس بسبب للخلافة في حق هذا المولى ووجوب حق العتق باعتبار معنى الخلافة فاذا لم يوجد ذلك لم يكن مدبراً والى هذا أشار فقال ألا ترى أن فلانا لو مات والمولى حي عتق العبد ولا خلافة قبل موته ولو مات المولى وذلك الرجل حي صار العبد ميراثا للورثة فكيف يكون مدبراً وتجري فيه سهام الورثة وكذلك ان قال أنت حر بعد موتي وموت فلان أو بعد موت فلان وموتي فهذا لا يكون مدبراً لانه ما تعلق عتقه بمطلق موت المولى فحسب وانما تعلق بموتين فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم وصار ميراثا للورثة فكان لهم أن يبيعوه وان مات فلان قبل المولى فحينئذ يصير مدبراً عندنا وليس له أن يبيعه وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا يكون مدبراً لانه ما تعلق عتقه بموت المولى فحسب انما تعلق بموتين كما علقه المولى فكان موت المولى بعد موت فلان متمما للشرط لانه كمال الشرط. وهذا على أصل زفر رحمه الله تعالى مستقيم فانه يجعل كل جزء من الشرط معتبراً حتى اعتبر وجود الملك عند وجود بعض الشرط على ما بينا في الطلاق ولكنا نقول بعد موت فلان تعلق عتقه بمطلق موت المولى حتى أنه متى مات عتق وصورة المدبر هذا فكان مدبراً كما لو قال له اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه أو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا كان مدبراً فكذلك هنا قال وان قال انت حر بعد موتي ان شئت لم يصر مدبراً

لانه ماتعلق عتقه بمطلق موت المولى بل به ومشيئته ثم قول المولى ان شئت محتمل يجوز ان يكون مراده المشيئة فى الحال ويجوز ان يكون مراده المشيئة بعد الموت فينوى فى ذلك فان نوى بالمشيئة الساعة فشاء العبد فهو حر بعد موته من الثلث لان شرط المشيئة لما وجد من العبد في المجلس يصير عتقه متعلقاً بمطلق موت المولى بعده فيكون مدبراً وان كان نوى بالمشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر من ثلثه لوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول الصحيح أن لا يعتق هنا مالم يعتقه الوارث أو الوصى لانه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد ذلك الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال أعتقوه بعد موتى ان شاء وجعل هذا نظير مالو قال له أنت حر بعد موتى بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق من الوارث أو الوصى بعد شهر هكذا ذكره ابن سماعة فى نوادره ثم فى ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد في المجلس بعد موت المولى كما يتقيد بهذا اللفظ مشيئته بالمجلس فى حال حياته وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يتوقت بالمجلس لان هذا فى معني الوصية ولا يشترط فى لزوم الوصية القبول في المجلس بعد الموت ولو قال أنت حر بعد موتى بيوم لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لان عتقه ماتعلق بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده فان مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتي يعتقه الورثة وهذا يؤيد ماذكره أبو بكر الرازى وقد بينا المعنى فيه ومن أصحابنا من فرق بين هذا وبين الاول فقال لما أخر العتق عن موته بزمان ممتد فى يوم أو شهر وملك الوارث يتقرر فى ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق مالم يعتقه واما فى مسئلة المشيئة تتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تقع الحاجة الي اعتاق الوارث إياه وكذلك لو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتي بيوم فهذا وما أوجب للمملوك بعينه سواء لما بينا ولو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى فما كان فى ملكه حين قال هذه المقالة فهو مدبر لانه تعلق عتقه بموت المولى وما دخل فى ملكه بعد ذلك لم يصر مدبراً ولكن ان مات وهو فى ملكه عتق من ثلثه مع المدبرين وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتناول هذا اللفظ ما يستحدث الملك فيه وكذلك لو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى أو كل مملوك أملكه اذا مت فهو حر فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول التعليق معتبر بالتنجيز ولو نجز العتق بهذا اللفظ لم يتناول العتق الا ما هو مملوك له فى الحال فكذلك اذا علق بالموت

وهـذا في قوله كل مملوك لى ظاهر لانه سمى ما هو مضاف اليـه فى الحال وكذلك في قوله كل مملوك أملكه فان أهـل اللغـة يقولون المراد بهـذا اللفظ الحال واذا أريد به الاستقبال يقيد بالسين أو سوف فيقال سأملكه أو سوف أملكه والدليل عليـه أن ما يستحدث الملك فيه لا يصير مدبراً بالاتفاق ولو تناوله هذا اللفظ لصار مدبراً كالموجود فى ملكه وهما يقولان عاق عتق ما يملكه فيتناول ما مملوك له عند الموت والذى استحدث الملك فيه مملوك له عند الموت كالموجود فى ملكه وهـذا لان الاضافة الى ما بعـد الموت وصية وفى الوصية اذا لم يوجد التعيين من الموصى عند الايصاء يعتبر وجوده عند الموت كما لو أوصى بثلث ماله لانسان يتناول هذا مايكون ماله عند الموت فهذا مثله الا أن التدبير ايجاب العتق كما قررنا فلا يصح الا بالملك أو مضافا الى الملك ففي حق الموجودين في ملكه وجد الملك فيصح ايجاب حق العتق لهم وفى حق الذين يسـتحدث الملك فيهم لم يوجد الايجاب فى الملك ولا الاضافة الى الملك انما وجدت الاضافة الى الموت فلم يوجـد لهم حق العتق بنفس الملك لانه لا يدرى بقاؤهم فى ملكه الى وقت الموت وباعتبار ذلك يتناولهم كلامه فلهـذا كان له أن يبيعهم واذا لم يبعهم حتي مات نفذتنا ولهم وصيته فيعتقون من الثلث لهذا

﴿ قال ﴾ وللمولى أن يؤاجر المدبرة ويستغلها ويطأها ويزوجها ومهرها له كأم الولد لانهما باقيتان على ملكه بعـد ماثبت لهما حق العتق وانما يمنع من التصرف المبطل لحقهـما دون التصرف الذى لايبطل حقهما كمن زوج أمته من رجل له أن يبيعها لانه غير مبطل لحق الزوج وليس له أن يطأها ولا يزوجها من غيره فهنا الهبة والبيع مبطل لحقهما فيمنع المولى من ذلك وسائر التصرفات ليس بمبطل لحقهما فلايمنع منه وليس له أن يرهنهما لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المـالية ولا مالية فى أم الولد واستيفاء الدين من مالية المدبر غـير ممكن لان استيفاء الدين من المـالية يكون بطريق البيع وهى ليست بمحـل للبيع

﴿ قال ﴾ وجناية المدبر علي مولاه فيما بينه وبين قيمته لان بالتدبير السابق منع الدفع على وجـه لم يصر مختاراً للفداء وليس عليه فى جنايته الا قيمة واحـدة وان كان بعضها بمباشرة وبعضها بتسبب لانه مامنع الا رقبة واحدة وأما غرم المستهلكات فدين في رقبته ويسعى فيه وقد بينا نظيره فى أم الولد وفى الجناية على المدبر مافي الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير

﴿قال﴾ واذا قال لعبده أنت مدبر أو قال قد دبرتك فهو كما قال لان هذا اللفظ صريح فلا فرق

بين أن يذكره بصيغة الانشاء أو بصيغة الوصف ﴿قال﴾ أرأيت لو كان أعجميا لا يفصح بالتدبير فقال هذه المقالة أما يكون مدبراً فهذه اشارة الى أن هذا اللفظ لكثرة الاستعمال فى حكم المعلوم لكل واحد وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أنه اذا قال أنت مدبر بعد موتى فهو مدبر فى الحال وجعل هذا وقوله أنت حر بعد موتى سواء لكثرة استعمال هذا اللفظ لهذا المقصود ﴿وقال﴾ وتدبير الصبي والمجنون باطل اطلقا أو اضافا الى ما بعد البلوغ والافاقة لان حقيقة الاعتاق منهما باطلة فايجاب حق الحرية بالقول كذلك وللشافعى رضى الله عنه قول أن تدبير الصبي صحيح لان التدبير عنده وصية وهو يجوز وصية الصبي بما هو قربة لان نفوذه يكون بعد وقوع الاستغناء له فيه وفي حديث شريح رضى الله عنه أنه جوز وصية غلام يفع وهذا ضعيف لان الوصية تبرع وقول الصبي فى التبرعات هدر وقد تناقض مذهب الشافعى رضى الله عنه في هذا فانه لا يصحح اسلامه وقبوله الهبة والصدقة مع أن ذلك محض منفعة له فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما وأما المكاتب فاعتاقه وتدبيره باطل لان نفوذهما يستدعي حقيقة الملك في المحل وليس للمكاتب حقيقة الملك فى كسبه ﴿قال﴾ واذا قال العبد أو المكاتب اذا عتقت فكل مملوك أملكه بعد ما أعتق فهو حر ثم عتق فملك مملوكا فهو حر لانه مخاطب له قول ملزم فى حق نفسه وقد صرح باضافة العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فتصح اضافته ويكون عند وجود الملك كالمنجز له ﴿وقال﴾ ولو قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل أو الى خمسين سنة فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لم يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق لان له في المستقبل نوعى ملك ملك لا يقبل العتق وهو حال قيام الكتابة وملك يقبل العتق وهو ما بعد عتقه فينصرف مطلق لفظه اليهما ويصير كالمنجز عند وجود حقيقة الملك كما فى المسألة الاولى وقاسا هذا بالحر اذا قال كل مملوك اشتريه فهو حر فانه يتناول ما يشتريه لنفسه لا ما يشتريه لغيره حتى يعتق ما يشتريه لنفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول ملكه فى حال قيام الكتابة ملك مجاز وبعد العتق حقيقة ولا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز جميعا لان المجاز مستعار والحقيقة غير مستعارة وكما لا يتصور أن يكون الثوب الواحد على انسان ملكا وعارية في حالة واحدة فكذلك لا يتصور الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد والمجاز هنا مراد بالاتفاق حتى لو قال اذا ملكت مملوكا فيما استقبل فملك فى حال قيام الكتابة يحل يمينه به

فاذا صار المجاز من مرادا تنحى الحقيقة وهذا المجاز مستعمل ورد الشرع به فى قوله من باع عبداً وله مال وهذا بخلاف الشراء فان الشراء للغير ليس بمجاز بل هو حقيقة كالشراء لنفسه فيما يرجع الى أحكام العقد ولان الاعتاق يستدعى أهلية المعتق والمحلية في المعتق ثم لو انعدمت المحلية لم يصح الايجاب الا مضافا الى الملك أو سببه فكذلك اذا انعدمت الاهلية فى الحال لا يصح الايجاب الا مضافا الى حالة الاهلية صريحا وهو ما بعد العتق فاذا لم يوجد ذلك في الفصل الثانى لم يكن كلامه ايجابا للعتق ﴿قال﴾ واذا قال لامة الغير اذا ملكتك فأنت مدبرة فولدت له ولداً ثم اشتراها فالام مدبرة دون الولد وكذلك العتق المنجز لان العتق والتدبير انما يصل اليهما بعد الملك وقد انفصل الولد قبل ذلك ولا سراية الى المنفصل ﴿قال﴾ ولو قال لرجل دبر عبدي فأعتقه فهو باطل لانه خالف ما أمره به فكان مبتدئا لا ممتثلا ﴿قال﴾ ولو قال لصبي أو مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة وقد تقدم نظيره في العتق والطلاق ﴿قال﴾ وان جعل أمر عبده في التدبير الى رجلين فدبره أحدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما بخلاف ما لو قال دبرا عبدى هذا فدبره أحدهما جاز لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه فى هذا الفصل وليس له ذلك في الفصل الاول ﴿قال﴾ واذا اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال المولى ولدتيه قبل التدبير وقالت هى ولدته بعد التدبير فالقول قول المولي لانها تدعى حق العتق لولدها ولو ادعت ذلك لنفسها كان القول قول المولى اذا أنكر فكذلك اذا ادعت لولدها فالقول قول المولى مع يمينه والبينة بينة المدبرة لما فيها من زيادة اثبات حق العتق لها ﴿قال﴾ وعتق المدبر محسوب من ثلث المال بعد الدين حتى اذا كان عليه دين يحيط بماله فعلى المدبر السعاية فى قيمته لانه وجب عليه رد رقبته والعتق لا يمكن رده فكان الرد بايجاب السعاية وان لم يكن عليه دين فهو حر من ثلث ماله يوم يموت المولى ويستوى ان كان دبره في صحته أو فى مرضه لان زوال المالية بالعتق بعد الموت بالتدبير السابق فلهذا اعتبر من ثلث ماله يوم يموت ﴿قال﴾ ولو دبر عبده ثم جن ثم مات فهو حر من ثلثه لان التدبير قد صح فى حال قيام عقله فلا يبطل بجنونه وكذلك لو قال يوم أدخل الدار فعبدى هذا مدبر ثم جن فدخل الدار فهو مدبر بالكلام السابق لان ذلك قد صح منه في حال افاقته وذكر فى اختلاف زفر

ويعقوب رحمهما الله تعالى اذا قال لعبده اذا مت أو قتلت فأنت حر على قول زفر رحمه الله تعالى يكون مدبراً لان عتقه تعلق بمطلق موت المولى حتى يعتق اذا مات على أى وجه مات وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكون مدبراً لانه علق بأحد الشيئين الموت أو القتل فان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه بأحد شيئين يمنع أن يكون عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبراً حتى يجوز بيعه وروي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا قال لعبده اذا مت وغسلت فأنت حر لايكون مدبرا لانه علقه بالموت وبشئ آخر بعده ثم اذا مات ففي القياس لايعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فأنت حر وفى الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من ثلثه بخلاف دخول الدار فذلك لايتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب تدبير العبد بين اثنين

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه عبد بين اثنين دبره أحدهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتدبر نصيبه خاصة لان التدبير يحتمل التجزى عنده ثم ان كان المدبر موسراً فللآخر خمس خيارات ان شاء دبر نصيبه لقيام ملكه في نصيبه واذا فعل ذلك صار مدبراً بينهما وان شاء أعتق نصيبه لقيام ملكه في نصيبه أيضا وان شاء استسعى لان نصيبه صار كالمحتبس عند المدبر حيث تعذر عليه التصرف فى نصيبه بالبيع وغيره وان شاء ضمن صاحبه لانه أفسد عليه نصيبه وهو موسر كما لو أعتقه وان شاء تركه على حاله لان الملك للمدبر باق في نصيبه فيتمكن الشريك من استدامة الملك في نصيبه أيضاً بخلاف ما بعد عتق أحد الشريكين وان كان المدبر معسراً فليس للساكت حق التضمين وله الخيار بين الاشياء الاربعة كما قلنا فان أعتق الساكت نصيبه وهو موسر فللمدبر الخيار ان شاء ضمنه نصف قيمته مدبراً وان شاء استسعى الغلام فى ذلك وان شاء أعتق لانه بعد التدبير كان متمكنا من استدامة الملك فى نصيبه وقد أفسد عليه صاحبه ذلك باعتاق نصيبه فله أن يضمنه ان كان موسراً ويرجع هو بما ضمن على الغلام وأى ذلك اختار فالولاء بينهما لانه بالتدبير

السابق استحق ولاء نصيبه على وجه لا يحتمل الابطال فهو وان ضمن شريكه بعد ذلك لم يتحول الملك فى نصيبه الى الشريك لان المدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ورجوع الضامن على الغلام باعتبار انه يقوم مقام من ضمنه لا باعتبار أنه يصير مالكا ولهذا كان الولاء بينهما وان لم يعتقه الثانى ولكن ضمن المدبر قيمة نصيبه صار الغلام كله للمدبر لان نصيب الشريك غير مدبر فيملكه بالضمان ويكون حاله كحال من دبر نصف عبده فهو مملوك له نصفه مدبر ونصفه غير مدبر وان لم يضمنه ولكن استسعاه فأدى اليه السعاية عتق نصيبه حكما بأداء السعاية فيكون المدبر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى فى قيمة نصيبه وليس له أن يضمن شريكه بخلاف مالو أعتقه لان الاستسعاء كان بسبب التدبير الموجود منه فهذا عتق حصل بسبب رضى المدبر به فلهذا لا يضمنه بهذا السبب واذا أعتقه ابتداء فلم يكن ذلك العتق بسبب التدبير الموجود فى المدبر فله أن يضمنه ان شاء وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا دبره أحدهما كان مدبراً كله ويضمن نصف قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً لان التدبير عندهما لا يتجزى فيصير المدبر متملكا نصيب شريكه وروى المعلى عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى أن المدبر اذا كان معسراً فالمدبر يسعى في نصف قيمته سعاية ملك لا سعاية ضمان وفى هذا أشار الى الفرق بين التدبير والاستيلاد كما روينا في نظير هذا عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن السعاية على أم الولد سعاية ضمان لانه لا يلزمها السعاية في ديون مولاها وأما السعاية على المدبر سعاية ملك على معنى أن كسبه مملوك للمولى فيكون مصروفا الى دينه ألا ترى ان عليه السعاية فى دين مولاه بعد الموت وليس ذلك على أم الولد قال ابن أبي ليلى اذا دبر أحدهما كان للآخر بيع حصته منه لانه لما ملك الآخر استدامة الملك فى نصيبه غير مدبر عرفنا أن التدبير لم يؤثر فى نصيبه فكان له أن يبيعه ولكنا نقول بالتدبير يجب حق العتق في بعضه في الحال وذلك مانع من بيعه كحقيقة العتق وقال ابن أبى ليلى أيضاً اذا دبر أحدهما ثم أعتق الآخر فالتدبير باطل والعتق جائز وهو بناء على أصله أن العتق لا يتجزأ فيبطل به تدبير المدبر فيضمن المعتق للمدبر ان كان موسراً ولكنا نقول المدبر استحق ولاء نصيبه على وجه لا يحتمل الابطال فلا يبطل ذلك باعتاق الآخر ﴿ قال ﴾ أمة بين رجلين قالا جميعا لها أنت حرة بعد موتنا لم تصر مدبرة لان عتق نصيب كل واحد منهما ما تعلق بمطلق موته

بل تعلق بموتهما فكان هـذا بمنزلة مالو قال كل واحد منهما أنت حر بعـد موتى وموت فلان فلا يكون مدبراً ولكن اذا مات أحدهما صار نصيب الآخر مدبراً لانه يتعلق عتق نصيبه بمطلق موته الآن ونصيب الذى مات صار ميراثا لورثته لان شرط عتقه لم يتم بموته ثم الورثة بالخيار ان كان الشريك موسراً بين الاشياء الخمسة على قول أبي حنيفة رحمـه الله تعالى بمنزلة مالو أنشأ تدبير نصيبه فى الحال ﴿ فان قيـل ﴾ كيف يكون ضامنا وانما تدبر نصيبه بسبب كان ساعده عليه الميت وورثته فى ذلك خلفاؤه ﴿ قلنا ﴾ نعم الورثة خلفاؤه فيما كان ثابتاً في حقه والتدبير لم يكن ثابتا فى نصيب واحد منهما قبل الموت وانما يثبت فى نصيب الحى بعد ما انتقل الملك فى نصيب الميت الى ورثـه فلهـذا كان لهم أن يضمنوه ﴿ قال ﴾ مدبرة بين رجلين مات أحدهما عتق نصيبه منها وسعت للآخر فى قيمة نصيبه ولا ضمان له فى تركة الميت لان العتق حصل بسبب التدبير الذى رضيا به الا أن نصيبه بعد التدبير بقى مالا متقوما وقد احتبس عندها فتسعى له ﴿ قال ﴾ فان مات الآخر قبل أن تسعى له عتق نصيبه أيضا ان خرج من ثلثه وسقط عنه السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيبه كان ثابتاً على ملكه مالم تؤد السعاية فتعتق بموته من ثلثه وعندهما لا يسقط عنها السعاية لان عندهما العتق لا يتجزئ فقد عتق كلها بموت الاول والسعاية دين عليها فلا يسقط ذلك بموت المولى ﴿ قال ﴾ مدبرة بين رجلين ولدت ولداً فادعى أحدهما الولد ففي القياس لا يثبت نسبه منه لان نصيب الشريك من الولد مدبر وبالتدبير يجب حق العتق فلا يملك الآخر ابطاله بالدعوة ولانه تعذر اثبات الاستيلاد في نصيب الشريك لان نصيبه مدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ولكنه استحسن فقال يثبت نسبه منه لان قيام ملكه فى النصف كاف لصحة دعوته والولد محتاج الى النسب ويكون عليه نصف العقر ونصف قيمته مدبراً بخلاف الامة القنة فان هناك المستولد يصير متملكا نصيب شريكه منها من وقت العلوق فيعلق الولد حر الاصل فلهذا لا يضمن قيمة الولد وهنا لا يصير متملكا نصيب شريكه منها لانها مدبرة فيصير الولد مقصوداً بالاتلاف فيضمن قيمة نصيب شريكه منه مدبراً وكذلك لو ادعاه وهي حبلى فولدت كان القول فيه كذلك لان الجنين فى البطن محل للعتق واستحقاق النسب بالدعوة فهو كالمنفصل فان ولدته بعد ذلك ميتا فلا ضمان عليه فيه لانه لم تعرف حياته واتلاف صاحب الدعوة نصيب شريكه فلا يكون ضامنا وان ضرب

انسان بطنها فألقت جنينا ميتا بعد الدعوة لاقل من ستة أشهر فعلى الجانى نصف عشر قيمته فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان كان غلاما وعشر قيمتها ان كانت جارية لأبي الولد لان النسب يثبت منه بالدعوة فلم يعتق نصيب الشريك منه وأرش الجنين المملوك هذا المقدار وعلى أب الولد نصف عشر قيمتها ان كانت جارية لشريكه وان كان غلاما فربع عشر قيمته لان حصة نصيبه من الارش هذا وباعتبار سلامة الارش لاب الولد يجب عليه الضمان اذ لا دليل على حياته الا ذلك فيتقدر الضمان بقدره لهذا وعليه نصف العقر لا قراره بوطئها والمدبرة على حالها فى خدمتها لهما فان ولدت ولداً آخر فادعاه أب الولد أيضاً فهو أبنه لما قلنا وعليه نصف قيمته مدبراً لاتلافه نصيب الشريك فيه مقصوداً بالدعوة وعليه نصف العقر أيضا من قبل الوطء الثانى لان نصيب الشريك منها باق على ملكه فوطؤه في ذلك القدر حصل فى غير ملكه وولاء الولد بينهما لان الولد انفصل مدبراً بينهما فاستحق كل واحد منهما ولاء نصيبه حتي انه ان جنى جناية كانت على عاقلتهما باعتبار الولاء الثابت لهما اذ لا منافاة بين النسب والولاء ولو ولدت آخر بعد ذلك فادعاه الشريك الآخر كان ابنه لقيام الملك له في نصفه وحاجته الي النسب فان نسب الولد الثانى لا يثبت من المدعى الاول قبل الدعوة لانها ما صارت فراشاً له ووطؤها حرام عليه لاجل الشركة فلهذا يثبت نسبه من الآخر وكان ضامنا لنصف العقر ونصف قيمته مدبرا وجوابه فى ضمان نصف العقر قولهم جميعا فاما في ضمان نصف القيمة فهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا ن نصيب المدعى الاول من الولد بمنزلة نصيبه من الام أم الولد ولا قيمة لرق أم الولد عند أبي حنيفة رحمه الله فلهذا لا يضمن الشريك بالدعوة له شيئاً من قيمة الولد عنده ثم الجارية صارت أم ولد بينهما لان كل واحد منهما استولدها فصح استيلادها فى نصيبه منها فاذا مات أحدهما عتقت ولا سعاية عليها للحى فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما تسعى له في نصف قيمتها وقد تقدم بيان هذا ﴿قال﴾ مدبرة بين اثنين ولدت ولداً فادعاه أحدهما ثم مات الآخر عتق نصيبه منها من ثلثه بالتدبير وعتق نصيب أب الولد من غير سعاية في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيبه صار أم ولد ولا سعاية على أم الولد عنده وان مات أب الولد عتق نصيبه من جميع المال بالاستيلاد وسعت للآخر فى نصف قيمتها مدبرة لان نصيب الآخر مدبر وليس بام الولد والمدبر يلزمه السعاية وبهذه المسئلة يتبين

ان الاستيلاد يحتمل التجزى عند أبي حنيفة رحمه الله ﴿قال﴾ مدبرة بين رجلين جاءت بولد فشهد كل واحد منهما على صاحبه أنه ادعاه وأنكراه فالغلام حر لانهما تصادقا على أنه حر والحق لهما لا يعدوهما ولا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ من سعايته ويزعم أنه حر الاصل والجارية بينهما تخدمهما على حالها لانها كانت مدبرة بينهما وبقيت كذلك بعد اقرارهما فان مات أحدهما عتق نصيبه من ثلث ماله بالتدبير وسعت في نصيب الآخر لان الاستيلاد لم يثبت بشهادة الذي مات في نصيب الحي فانه كان منكرا لذلك وهذا بخلاف ما اذا كانت أمه غير مدبرة فان بعد موت أحدهما لا تسعى للآخر لان الآخر يتبرأ من سعايتها ويزعم انها أم ولد للشريك الميت قد عتقت بموته وحقه في الضمان قبله فلهذا لا يستسعيها هناك ﴿قال﴾ جارية بين رجلين شهد أحدهما على صاحبه أنه دبرها وأنكر الآخر ذلك فقد دخلها بشهادته شئ حتى لا تباع ولا توهب ولا تمهر لان شهادة الشاهد في حقه يجعل كانه حق ولو كان التدبير من أحدهما معلوما لم يمكن بيعها بعد ذلك فكذلك اذا شهد به أحدهما وهو وشهادته عليه بالعتق سواء في هذا الحكم فان مات الشاهد فهي بين ورثته وبين المشهود عليه كما كانت لان نصيب الشاهد ليس بمدبر على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى باتفاقهما فيخلفه ورثته فيه بعد موته فان مات المشهود عليه عتقت وسعت في جميع قيمتها لان الشاهد مقر بعتق نصيب المشهود عليه عند موته فيفسد رقها بزعمه ثم ورثة المشهود عليه يقولون الشاهد كاذب وقد تعذر استدامة الملك فيها عليه ﴿قلنا﴾ له أن يستسعيها في قيمة نصيبها والشاهد يقول عتق نصيب شريكي بموته ولي حق استسعائها في نصيبي فلهذا سعت في جميع قيمتها بينهما وان شهد كل واحد منهما على صاحبه بالتدبير فهي بينهما كالمدبرة لاعتبار زعم كل واحد منهما في حقه وايهما مات سعت في جميع قيمتها لورثته وللحي لما بينا ان كل واحد منهما يدعي السعاية ويزعم أن نصيب شريكه عتق بموته أو باقرار شريكه ﴿قال﴾ واذا عتق أحد الشريكين العبد ثم دبره الآخر فتدبيره صحيح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيبه باق على ملكه وتدبيره يكون ابراء للمعتق عن الضمان واختيارا للسعاية فيسعى له الغلام في نصف قيمته مدبراً لان قدر نقصان التدبير حصل بمباشرته واكتسابه سبب استحقاق الولاء فلهذا يسعى له في نصف قيمته مدبراً ﴿قال﴾ عبد بين ثلاثة نفر دبر أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر نصف نصيبه وهو غني فقد ابرأ المدبر عن الضمان لانه

لوأعتق جميع نصيبه كان مبرياًله عن الضمان فكذلك اذا أعتق البعض اذليس له حق التضمين في بعض نصيبه دون البعض ثم يسعي له العبد فيما بقي من نصيبه لان نصيبه بمنزلة عبد كامل ومن أعتق بعض عبده فله أن يستسعيه فيما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال فيضمنه المدبر ان شاء ثلث قيمته مدبراً وان شاء استسعى الغلام فيه لانه تعذر عليه استدامة الملك في نصيبه باعتاق المعتق بعض نصيبه فهو كما لو تعذر عليه استدامة الملك فيه باعتاق المعتق جميع نصيبه واما الثالث فله ان يضمن المدبر ان كان موسراً وليس له أن يضمن الثاني لان المدبر بالتدبير السابق قد اكتسب سبب الضمان للثالث على نفسه وصار نصيبه بحيث لايحتمل الانتقال الا اليه بالضمان والسبب الموجود منه لايحتمل الابطال لانه يثبت به استحقاق العتق والولاء فلا يبطل ذلك الحكم باعتاق الثاني فلهذا لايكون له أن يضمن الثاني ولكن يضمن المدبر ويرجع به المدبر على العبد فيستسعيه في ذلك كما يستسعيه في نصيب نفسه لانه تملك على الثالث نصيبه بالضمان ﴿ قال ﴾ ولو لم يعتق الثاني حتى ضمن الثالث المدبر نصيبه ثم أعتقه الثاني وهو موسر كان للمدبر أن يضمنه ثلثي قيمته ثلث مدبر وثلث غير مدبر لا نه بالضمان يملك نصيب الثالث غير مدبر ثم صنع المعتق في الاعتاق وجد بعد ذلك فله أن يضمنه باعتبار هذا الصنع قيمة جميع نصيبه كل ثلث بصفته بخلاف ما سبق فان صنع المعتق هناك وجد قبل أن يتملك المدبر نصيب شريكه بالضمان فلهذا لا يكون له أن يضمنه قيمة نصيب الثالث باعتبار ذلك الصنع ثم يرجع المعتق على العبد بما ضمنه للمدبر وذلك ثلثا قيمته وثلث الولاء للمعتق بقدر نصيبه الذي أعتق وثلثا الولاء للمدبر أما مقدار نصيبه وهو الثلث فلا اشكال فيه لا نه استحق ولاءه بالتدبير وأما نصيب الثالث فلأنه كان لا يحتمل الانتقال الا اليه وبعد النقل اليه لم ينتقل الى المعتق وان ضمنه ألا ترى أنه لم يكن للثالث حق تضمين المعتق ولو كان يجوز نقل هذا النصيب اليه بحال لكان له أن يضمنه واذا ظهر أنه غير محتمل للانتقال اليه فانما عتق على ملك المدبر فلهذا كان له ولاء الثلثين ألا ترى أنه لو كان بين اثنين فدبر أحدهما ثلث نصيبه وأعتق الآخر نصيبه كله وهو موسر كان للمدبر أن يضمن المعتق قيمته نصيبه وهو نصف قيمة العبد ثلثه مدبر وثلثاه غير مدبر ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان لأن حصة المدبر قد دخلها عتق حين دبر بعضه فلا ينتقل شيء من نصيبه الى المعتق بالضمان فكذلك ما سبق واذا قال ان ملكت شيئاً من هذا العبد

فهو حر بعد موتي ثم ملكه مع آخر صار نصيبه منه مدبرا لان المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز ولم يكن لشريكه أن يضمنه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى والتدبير في هذا وتنجيز العتق سواء وهذا فرع ما تقدم من اختلافهم في رجلين اشتريا عبداً وهو قريب أحدهما كان أبو بكر الرازي يقول هذا غلط فان الملك هنا شرط العتق لا علته ومباشرة أحد الشريكين للشرط لا يسقط حقه في الضمان كما في مسألة ضرب السوط فمعاونته على تحصيل الشرط أو رضاه به كيف يكون مسقطا ولكنا نقول ما ذكره في الكتاب صحيح وهذا شرط في معني السبب لانه مصحح للتعليق فان التعليق في غير الملك لا يصح الا مضافا الى الملك ألا ترى أنه لو علق عتق هذا المملوك أو تدبيره بشرط آخر كان باطلا واذا كان مصححا لما هو السبب كان في معنى المتمم للسبب فمعاونته اياه عليه يكون مسقطا حقه في الضمان بخلاف ضرب السوط ﴿فان قيل﴾ كان ينبغي أن يقال اذا قال لعبد الغير اذا ملكتك فأنت حر ثم اشتراه بنية الكفارة أن يجوز عن الكفارة كما لو اشترى قريبه وبالاتفاق لا يجوز ﴿قلنا﴾ هذا الشرط مصحح لليمين ولكنه غير موجب للعتق بل الموجب للعتق هو اليمين ولا بد من أن تقترن نية الكفارة بالسبب الموجب للعتق فأما الرضا بما يصحح ليمين كالرضا باليمين في اسقاط حقه في التضمين وأشار في الكتاب الى علة أخري فقال لأنهما ملكاه جميعا معناه أن وجوب الضمان يعتمد الصنع وصنعه اتصل بالمملوك قبل ملك الشريك لان صنعه الشراء والملك حكم الشراء والحكم يعقب السبب فلا يكون له أن يضمنه بصنع سبق ملكه كمن قطع يد عبد انسان ثم باعه مولاه فسرى الى النفس عند المشتري ليس للمشتري أن يضمن القاطع شيئا لهذا المعنى وهذا الطريق يستقيم هنا وفي مسئلة شراء القريب أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب تدبير مافي البطن

﴿قال﴾ رضي الله عنه أمة بين رجلين دبر أحدهما ما في بطنها جاز كما لو أعتق ما في بطنها فان ولدت لاقل من ستة أشهر بعد هذا القول فهو مدبر والشريك فيه بالخيار بين التدبير والتضمين والاستسعاء لانا تيقنا أنه كان موجودا في البطن وقت التدبير فهو كالمنفصل وان ولدته لاكثر من ستة أشهر لم يعمل فيه التدبير لانا لم نتيقن بوجوده

حين دبر لعلها حبلت به بعد ذلك ومع الشك لا يثبت التدبير ولو قال أحدهما ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر أنت حرة بعد موتي فولدت لاقل من ستة أشهر بعد النطق الاول فالولد مدبر بينهما لانا علمنا أنه كان موجوداً حين دبره الاول فتدبر نصيبه بتدبيره ونصيب الشريك بتدبيره حصته من الام فلهذا كان الولد مدبرا بينهما وحصة الذي دبر الام مدبر مع الام وشريكه فيها بالخيار وان ولدته لاكثر من ستة أشهر فالولد مدبر للذي دبر الام لانا لم نتيقن بوجوده عند تدبير الاول فانما يثبت فيه حكم التدبير بطريق التبعية للام من جهة الذي دبر الام وثبوت حكم التبعية باعتبار أنه كالجزء من وجه وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فلهذا كان الولد كله مدبراً للذي دبر الام بخلاف الاول فان نصيب الشريك من الولد هناك صار مقصوداً ينفرد التدبير من جهته فيه ثم نصف الام مدبر للذي دبرها والآخر بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصف قيمة الام ان كان موسراً والولد للمدبر بغير ضمان لان الضمان انما لزمه من حين دبر وعلوق الولد بعد ذلك فلا يثبت فيه حق الشريك ألا ترى أنها لو ازدادت في بدنها لم يكن للشريك الآخر تضمين نصف القيمة الا وقت التدبير فكذلك اذا كانت الزيادة منفصلة لانها صارت في حكم المستسعاة حتى ثبت له حق ان يستسعيها في نصف قيمتها بذلك التدبير والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها فلهذا لم يجب على المدبر شئ من ضمان قيمة الولد وان شاء الشريك استسعاها في نصف قيمتها ولا يسعى الابن في شئ لما بينا ان المستسعاة كالمكاتبة فلا يثبت لمولاها فيما يحدث لها من الولاء بعد ذلك حق يمكنه من استسعائه الولد فان دبر أحدهما ما في بطنها ثم أعتق الآخر نصيبه البتة ثم ولدت بعد ذلك بشهر فالمدبر بالخيار ان شاء أعتق حصته من الولد وان شاء استسعى وان شاء ضمن المعتق ان كان موسراً ويرجع الذي ضمن به على الولد لانا تيقنا أنه كان موجوداً في البطن عند تصرفهما فيكون حكم هذا وحكم مالو كان تصرفهما في الولد بعد الانفصال سواء ﴿قال﴾ واذا دبر الرجل ما في بطن جاريته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وقد ذكر في كتاب الهبة اذا أعتق ما في بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف مالو باعها وقيل في المسئلة روايتان وجه هذه الرواية ان ما في البطن صار بحيث لا يحتمل التمليك فتمليكها دون ما في بطنها بالهبة لا يتحقق فلهذا لا يجوز هبتها ووجه تلك الرواية ان ما في البطن يصير مستثني

ويجعل كأنه استثناه نصا والهبة لا تبطل فى الجارية باستثناء ما فى البطن نصا بخلاف البيع والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق فنقول بعد ماأعتق ما فى بطنها لو وهب الام جاز كما ذكر هناك وبعد ما دبر ما فى البطن لو وهب الام لا يجوز كما ذكر هنا والفرق أن بالتدبير لا يزول ملكه عما فى البطن فاذا وهب الام بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد العتق ما فى البطن غير مملوك فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فهو كما لو وهب داراً فيها ابن الواهب وسلمها الى الموهوب له تتم الهبة فان ولدته لأقل من ستة أشهر فالولد مدبر وان ولدته لأكثر من ستة أشهر كان رقيقا لانا لم نتيقن بوجوده في البطن وقت التدبير وان ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم والآخر لأكثر من ستة أشهر بيوم فهما مدبران لانا تيقنا بوجود الاول منهما وقت التدبير وهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة وجود أحدهما من ذلك الوقت وجود الآخر ﴿قال﴾ ولو دبر ما فى بطن أمته ثم كاتبها جازت الكتابة لان الكتابة تعقد للعتق وثبوت حق العتق في الولد لا يمنع عقد العتق فى الام وان وضعت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر كان التدبير فى الولد صحيحا ولكن يثبت أيضاً فى الولد حكم الكتابة تبعا للأم فاذا أدت عتقا جميعا وان مات المولى قبل أن تؤدى عتق الولد بالتدبير من الثلث وعلى الام السعاية فى المكاتبة على حالها وان لم يمت المولى حتى ماتت الام فعلى الولد أن يسعى فيما على أمه لانه ولد مولود فى الكتابة فان مات المولى فالولد بالخيار لانه تلقاه جهتا حرية أحدهما بالتدبير والآخر بأداء كتابة الام فيختار أنفع الوجهين له وان كان يخرج من ثلث مال الميت عتق ولا شئ عليه لان مقصوده قد حصل ﴿قال﴾ ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة وهو لا يريد بهذا عتقاً لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال لها أنت مثل الحرة أو المدبرة وقد بينا هذا فيما سبق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة المدبر

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا كاتب الرجل مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير

وسقطت عنه المكاتبة لوقوع الاستغناء له عن أداء المال وهو بمنزلة مالو أعتق المولى مكاتبه وان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لايسقط عنه شئ من بدل الكتابة فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله يسقط عنه ثلث الكتابة لانه عتق ثلثه بالتدبير ولو عتق كله سقط عنه جميع بدل الكتابة فكذلك اذا عتق ثلثه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة اعتباراً للجزء بالكل قياسا على ما اذا كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق عليه ثلثه بالتدبير فكذلك اذا سبق التدبير الكتابة ولا معني لقول من يقول إن المستحق بالتدبير لايرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة فى حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد ثم لو كاتب أم ولده صحت الكتابة ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لايمنع ورود عقد الكتابة عليه ولابى حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى طريقان أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ماوراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت مالم يكن ثابتاً فى المكاتب والبدل بمقابلة ذلك لابمقابلة ماهو ثابت وقد بينا ان التدبير يوجب استحقاق شئ له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة ليكون البدل بمقابلته بل بمقابلة ماوراء ذلك بمنزلة مالو طلق امرأته اثنتين ثم طلقها ثلاثا بألف كان الالف كلها بازاء التطليقة الثالثة ألا ترى أنه لو استحق جميع نفسه بالتدبير بأن خرج من الثلث بطلت الكتابة وكذلك فى أم الولد اذا مات المولى حتى تقرر استحقاقها فى جميع نفسها بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق غير متقرر لجواز أن يموتا قبل المولى واذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ماوراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى فلا يسقط شئ عنه من بدل الكتابة وهذا بخلاف مالو كاتبه أولا ثم دبره لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشئ من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير الآخر وصية بالرقبة له والوصية بالعين لاتنفذ من مال آخر بحال كما لو أوصى بعبده لانسان ثم باعه أو قتل لاتنفذ الوصية من قيمته ولا من ثمنه فلو اسقطنا شيئا من بدل الكتابة كان فيه تنفيذ وصيته من غير ما أوصى له به وذلك لايجوز بخلاف مالو كاتبه أولا ثم دبره لان عند التدبير هناك

حقه أحد الشيئين اما بدل الكتابة ان أدي أو مالية الرقبة ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرفنا هذا فتخريج المسئلة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما اذا دبرها أولا ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى فى جميع بدل الكتابة وان شاء سعى فى ثلثي قيمته بالتدبير أو بالكتابة لا ن عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية اما السعاية فى ثلثى قيمته بالتدبير أو فى بدل الكتابة بجهة العقد فيختار أى الوجهين شاء وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يسعي فى الا قل منهما بغير خيار لان العتق عنده لايتجزأ فقدعتق كله والمال عليه فلا يلزمه الاأقل المالين وعند محمد رحمه الله تعالى يسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة لان ثلث بدل الكتابة قد سقط ولا يتجدد لان العتق عنده لايتجزأ ولو كان كاتبه أولا ثم دبره ثم مات المولى فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتخير بين أن يسعى في ثلثى قيمته أوثلثى بدل الكتابة لما بينا أنه تلقاه جهتا حرية وربما يكون التخيير مفيداً لمنفعة له فى احدهما دون الآخر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يسعى فى أقل المالين بلا خيار لان العتق عندهما لايتجزأ ﴿قال﴾ واذا كاتب مدبرته فولدت ولدا ثم ماتت يسعي الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله من سعايته لم يرجع على صاحبه بشيء لانه ماأدى عن صاحبه شيئا وانما أدى عن الأم فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل واحد منهما للأم ألا ترى أنها فى حياتها كانت أحق بكسب كل واحد منهما لتستعين به فى أداء الكتابة فكان أداء أحدهما من كسبه بمنزلة الاداء من مال الام وكذلك ان كاتب مدبرين له جميعا وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ثم مات و ترك احدهما ولدا ولد له فى مكاتبته من أمته فعليه أن يسعى فى جميع الكتابة لانه قائم مقام أبيه وانما يسعي لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا بأداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية فى جميع بدل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الشهادة على التدبير

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا شهد شاهد أنه دبر عبده وشهد آخر أنه أعتق فالشهادة باطلة لانهما اختلفا فى المشهود به لفظا ولا يتمكن القاضى من القضاء بشيء اذ ليس على واحد

من الامرين شهادة شاهدين وكذلك ان شهدا بالتدبير واختلفا في شرطه قال احدهما اعتقه بعد موته وموت فلان وقال الآخر بعد موته خاصة لان اختلافهما فى الشرط اختلاف في المشهود به على وجه يتعذر على القاضي القضاء بشيء وكذلك لو شهد احدهما أنه دبر أحد عبديه والآخر أنه دبر هذا بعينه وان شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه فالشهادة باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى كما بيناه في العتق البات فان مات المولى قبل أن يترافعوا الى القاضي ثم شهدا بعد موته استحسن أن أجيز شهادتهما لان العتق يتنجز فيهما بالموت ولان فى الوصية معنى حق الموصى وذكر بعد هذا الموضع في نظير هذه المسئلة أن الشهود قالوا كان ذلك في المرض وفى حكم قبول الشهادة سواء قالوا ذلك أولم يقولوا فالشهادة مقبولة وانما ذكر هذا القيد لمقصود آخر وان كانا شهدا بذلك فى حياته فأبطلها القاضى لم يقبلها بعد ذلك لانه اتصل الحكم برد هذه الشهادة وكل شهادة حكم القاضي بردها لا يقبلها بعد ذلك ﴿قال﴾ وان شهدا أنه قال هذا حر بعد موتى لا بل هذا عتقا جميعا من ثلثه لان كلمة لا بل لاستدراك الغلط بالرجوع عن الاول واقامة الثانى مقامه ولا يصح رجوعه عن تدبير الاول ويصح تدبيره فى الثانى فكانا شاهدين لكل واحد منهما بالتدبير بعينه وكذلك ان شهدا أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر لانهما شهدا للأول بعينه بالحرية وللثاني بعينه بالتدبير ولو شهدا أنه قال هذا حر أوهذا مدبر لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانهما ما شهدا للمعين بشيء فان حرف أو بين الكلامين يخرج كلامه من أن يكون عزيمة فى واحد منهما والشهادة لغير المعين بالعتق أو التدبير غير مقبولة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولو شهدا أنه قال هذا مدبر أوهذا جازت الشهادة للأول وحده عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان هذا اللفظ لو سمعناه من المولى ثبت به التدبير للأول ويخير المولى فى الباقين فكانا شاهدين للأول بعينه وهو مدع لذلك فيجوز شهادتهما له ولا يجوز لاحد الآخرين بغير عينه وهما كلامان ينفصل احدهما عن الآخر فبطلان أحدهما لا يبطل العمل بالآخر ولو شهدا أنه قال احد هذين العبدين مدبر لا بل هذا لأحدهما بعينه صار الذى عينه مدبراً لانهما شهدا له بعينه بالتدبير ويحلف للآخر بالله ما عناه بأول كلامه فاذا حلف كان عبداً له على حاله ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها أنها ولدته قبل التدبير أو بعده قد بينا أن القول فى ذلك قول المولى مع يمينه ويحلف على العلم لانه استحلاف على

فعلها وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير واذا شهدا انه دبر أحد عبديه ثم شهدا أنه أعتق أحدهما في صحته ولا مال له غيرهما فشادتهما باطلة فى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في العتق والتدبير جميعا في القياس لانهما لم يعينا المشهود له ولكني أستحسن أن أجيزها فى التدبير لانها وصية فيعتق من كل واحد منهما ثلثه ويسعى فى ثلثى قيمته وفى هذا بيان أن طريق الاستحسان لابى حنيفة رحمه الله تعالى ما بينا أن فى الوصية حق الموصى دون تنجيز العتق فيهما بالموت فان العتق فى الصحة والتدبير فى ذلك سواء وان شهدا أنه دبر هذا بعينه وأعتق احدهما البتة فى صحته كانت شهادتهما فى العتق البات باطلة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانهما شهدا به لغير المدعى المعين اذ المدبر والقن فى المحلية للعتق البات سواء حتى لو أقر الورثة بذلك ولا مال للميت غيرهما عتق من كل واحد منهما نصفه من جميع المال لان الحرية فى الصحة تثبت لأحدهما فيشيع العتق فيهما بموت المولى قبل البيان فيعتق من كل واحد منهما نصفه ويعتق من المدبر ثلث ما بقى منه وهو ثلث رقبته فكان السالم له خمسة أسداس رقبته ويسعى في سدس قيمته والآخر يسعى فى نصف قيمته وان أقروا أن العتق البات كان فى المرض يعتبر من الثلث وانما سلم للآخر نصف رقبته فيضرب هو فى الثلث بنصف رقبته والمدبر بجميع رقبته فيصير الثلث بينهما أثلاثا والمال على تسعة إلا أن المال رقبتهما ولوجعلنا كل رقبة أربعة ونصفا لانكسر بالانصاف فيضعف ونجعله من ثمانية عشر كل رقبة على تسعة وقد كان للمدبر سهمان فبالتضعيف صار أربعة فلهذا سلم له أربعة اتساعه ويسعى فى خمسة اتساعه وللقن نصف ذلك سهمان ويسعى فى سبعة اتساعه فيستقيم الثلث والثلثان ان كانت قيمتهما سواء ﴿فان قيل﴾ لماذا لم يجعل العتق فى المرض للقن كله ليكون كلامه محمولا على الصحة فان المدبر موصى له بجميع رقبته والعتق في المرض وصية فمايصرف اليه من ذلك يكون لغواً ﴿قلنا﴾ انما لم يجعل هكذا لان المدبر محل للعتق فى المرض والصحة جميعاً وبقاء المحلية فيه يمنع تعين الآخر للعتق البات فلابدمن اعتبار الاحوال فيه فيعتق فى حال دون حال فيعتق نصفه فلهذا ضرب في الثلث بنصف رقبته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب المكاتب اذا دبره مولاه

﴿ قال ﴾ رضى الله تعالى عنه رجل دبر مكاتباً له فهو بالخيار ان شاء نقض الكتابة وكان مدبراً له وان شاء مضى على المكاتبة لانه تلقاه جهتا حرية أحدهما عاجل ببدل والآخر آجل بغير بدل فله أن يميل الى اى الجانبين شاء وعقد الكتابة غير لازم في حق العبد لتمكنه من أن يعجز نفسه فلهذا كان له الخيار وان مات المولى ولا مال له غيره يسعى فى الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي المكاتبة وقد بينا أن قول أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى تخييره فى ذلك ولو لم يعلم المكاتب بالتدبير حتى أدى المكاتبة كلها فقد عتق بالاداء والمال سالم للمولى ولا خيار له بعد ذلك لان التدبير قد بطل بعتقه ولو أدي البعض ثم علم كان له الخيار لبقاء الرق فيه واذا اختار التدبير فما أخذه المولى حلال له لانه كسب عبده ﴿ قال ﴾ ولو كاتب عبدين مكاتبة واحدة على ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم دبر أحدهما ثم مات المولى وله مال كثير عتق المدبر من ثلثه وسقطت حصته من المكاتبة لوقوع الاستغناء له عن أدائها كما لو أعتقه المولى فى حياته وأخذ الورثة بحصة الآخر أيهما شاؤا لان المكاتب الثاني أصيل فى حصته والمدبر كان كفيلا مطالبا فلا تسقط عنه تلك المطالبة بعتقه فان أداها المدبر رجع بها عليه كما لو أداها قبل عتقه بل أولى لان هناك هو منتفع بالأداء لانه يعتق بذلك والآن لا منفعة له فى الاداء بل انما أداها بحكم الكفالة المحضة وان لم يكن له مال غيرهما عتق المدبر بالتدبير من الثلث وسعى فيما يجب عليه فان كانت قيمة كل واحد منهما ثلثمائة ومكاتبتهما ألف بطل حصة المدبر من المكاتبة واعتبر قيمته ثلثمائة لانه أقل والمتيقن من حق المولى هو الاقل فعرفنا أن المال ثلثمائة قيمة المدبر وخمسمائة حصة الآخر من المكاتبة وذلك ثمانمائة ثلثه وذلك مائتان وستة وستون وثلثا درهم يسلم للمدبر من قيمته ويسعى فيما بقى وهو أربعمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ثم يؤخذ المدبر بما بقى على المكاتب لانه كفيل به ولا يؤخذ المكاتب بما على المدبر لانه قد خرج من المكاتبة ولزمته السعاية من قبل التدبير والمكاتب لم يكن كفيلا عنه بذلك فان كانت قيمة كل واحد منهما ألف درهم ومكاتبتهما على ألف درهم فاختار المدبر أن يسعى فى الكتابة فله ذلك لان ذلك ربما ينفعه عسى يكون بدل الكتابة منجما مؤجلا واذا اختار ذلك يسقط ثلث المكاتبة

لانه عتق ثلثا رقبته بالتدبير والوصية كانت له بما هو حق المولى فلهذا يسقط ثلث المكاتبة ويبقى للورثة ثلثا المكاتبة عليهما يأخذون بذلك أيهما شاؤا فان أدى المدبر رجع على الآخر بثلاثة أرباع ذلك مقدار حصته وهو خمسمائة وان أدي المكاتب رجع على المدبر بربع ذلك وهو مقدار ما بقي من حصته واذا كان المكاتب بين اثنين فدبره أحدهما فاختار المكاتب أن يسعى فهو على حاله وسعايته لان التدبير لا ينافى الكتابة ابتداء وبقاء والمدبر غير مفسد على شريكه شيئاً مابقيت الكتابة فان عجز فالذي لم يدبر بالخيار لأن عمل تدبيره في الافساد قد ظهر بعد العجز فكان حكم هذا كحكم عبد بين اثنين دبره أحدهما وقد بيناه رجل قال لأمتين اذا ملكتكما فأنتما حرتان بعد موتى فاشترى إحداهما فولدت عنده ثم اشترى الاخرى فقد صارتا مدبرتين لان الشرط ملكهما فانما تم عند شراء الثانية وولد الاولى رقيق يباع لانه انفصل عنها قبل ثبوت حكم التدبير فيها فان المتعلق بالشرط لا يصل الى المحل الابعد وجود كمال الشرط ﴿قال﴾ واذا أسلم مدبر ذمي قضى عليه بالسعاية فى قيمته وعند الشافعي رحمه الله تعالى يجبر على بيعه لان المدبر عنده محل للبيع وعندنا هو كأم الولد وقد بينا هذا الحكم فى أم الولد فان أدى السعاية عتق وان مات المولى قبل أن يؤدي وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير وسقطت عنه السعاية لحصول المقصود بدونه وكذلك ان صالحه المولى على قيمته من غير محاكمة فهذا واستسعاء القاضى سواء لان السبب الموجب للاستسعاء قائم بعد عجزه الا أنه ان كان فى مال الصلح فضل على قيمته يبطل القاضى ذلك الفضل عنه اذا عجز ويجبره على أن يسعى فى قيمته ﴿قال﴾ واذا دبر الحربى عبده فى دار الحرب فهو باطل كما لو أعتقه فى دار الحرب لان ثبوت حق العتق بالتدبير من أحكام الاسلام وأحكام الاسلام لاتجرى عليهم في دار الحرب فان خرجا بأمان فأسلم العبد أجبر على بيعه لان تدبيره فى دار الحرب كان لغوا وان دبره بعد ماخرجا بأمان فتدبيره جائز لان حكم الاسلام يجرى عليهما في دارنا فيما يرجع الى المعاملات فان أسلم هذا المدبر قضى عليه بالسعاية في قيمته لان ملك المستأمن محترم بالامان وبيعه بسبب التدبير متعذر فان لحق المولى بدار الحرب وهو يسعى ثم قتل المولى أو ظهر على الدار أو أسر عتق العبد وبطلت عنه السعاية اما اذا قتل المولى فلوجود شرط العتق بالتدبير وان أسر فلان ملكه عنه قد بطل لان الرقيق ليس من أهل ملك المال والمدبر ليس يحتمل النقل من ملك الى ملك والمملوك

متى زال عن ملك المولى لا الى أحد كان حراً وان ظهر على الدار لم يبق لملكه حرمة والسعاية كانت لحرمة ملكه فاذا لم يبق ذلك عتق وبطلت عنه السعاية ﴿ قال ﴾ ولو كان خرج بام ولد له ثم أسلمت قضى عليها بالسعاية لان الاستيلاد في دار الحرب صحيح تبعا للنسب فان قضى عليها بالسعاية ثم أسلم المولى فان أدت السعاية عتقت وان عجزت ردت أم ولد له لان المانع من استدامة ملكه فيها قد ارتفع باسلامه فلو أسلمت وباعها من نفسها بمال قليل أو كثير جاز وكانت حرة بالقبول والمال دين عليها وان مات المولى قبل أن يسلم أو بعد ما أسلم فالمال دين عليها على حاله لانها عتقت بالقبول فموت المولى وحياته بعد ذلك سواء ﴿ قال ﴾ واذا دبر المرتد عبده فهو موقوف في قول أبي حنيفة رحمه الله كسائر تصرفاته فان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب فتدبيره باطل والعبد رقيق للورثة وان أسلم ورجع الى دارنا ووجد العبد في يد الورثة فأخذ فهو مدبر على حاله لانه يعود الى قديم ملكه بالاخذ فينفذ ذلك التدبير منه بمنزلة مالو أسلم قبل اللحاق بالدار لان التدبير في حقه كان صحيحا لانه بالردة لم يخرج من أن يكون مخاطبا وأصل ملكه باق بعد الردة وانما كان التوقف لحق الورثة وقد سقط حقهم حين عاد مسلما وكذلك ان كان القاضي قضى به للورثة وباعوه فبيعهم جائز لان التدبير كان صحيحا في حقه فانه كان مالكا له يومئذ فمتى حصل الملك له بأي وجه حصل كان مدبراً وان استولد في ردته فهي أم ولد له وان أسلم أو قتل أو لحق بدار الحرب لان ثبوت أمية الولد لها باعتبار نسب الولد ولا حجر على المرتد عن ذلك لانه لا حق للورثة فيه ولان ملكه في كسبه أظهر من ملك الاب في مال ولده فاذا كان يصح الاستيلاد من الاب فمن المرتد لأن يصح أولى وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى التدبير منه صحيح كالاستيلاد فاذا لحق بدار الحرب أعتقه القاضي من ثلثه كما يعتق المدبر الذي دبره في حال اسلامه بناء على مذهبهما في نفوذ تصرفات المرتد وتمام بيانه في السير ﴿ قال ﴾ واذا دبر المسلم عبده ثم ارتد العبد ولحق بدار الحرب أو اشتراه أهل الحرب فأصابه المسلمون فأسلم رد الى مولاه مدبرا على حاله لانه ثبت فيه حق الحرية بالتدبير فلا يبطل بردته ولحاقه كما لا تبطل حقيقة العتق والمدبر ليس بمحل للتملك بالاستيلاد فلم يملكه أهل الحرب ولا المسلمون للولاء المستحق عليه لمولاه ولهذا رد الى مولاه مدبراً على حاله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب الامة الحامل اذا بيعت

﴿قال﴾ رضى الله عنه رجل باع أمة وسلمها أولم يسلمها حتى ولدت ولداً فادعياه جميعا فنقول اذا كان البائع سبق بالدعوة فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع ثبت النسب منه استحسانا وفى القياس لايثبت وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه مناقض فى كلامه ساع فى نقض ما قد تم به ولكنا نقول تيقنا أن العلوق كان في ملكه وبحصول العلوق فى ملكه ثبت له حق استلحاق النسب فلا يبطل ذلك ببيعه لأن حق استلحاق النسب لايحتمل الابطال كالنسب ولان البيع دونه فى احتمال النقض والابطال والضعيف لا يبطل القوي وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يصدق البائع لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملكه وان كان المشترى سبق بالدعوة ثبت النسب منه سواء جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر لان دعوته حصلت في ملكه ثم لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عنه لثبوت نسبه من المشترى ولان ثبوت النسب أقوى من حق الاستلحاق والضعيف لا يبقى بطريان القوى واذا ادعياه معا فان كانت ولدت لاقل من ستة أشهر فهو ابن البائع عندنا وعند ابراهيم النخعى هو ابن المشترى لان له حقيقة الملك وقت الدعوة فيترجح بذلك ولكنا نقول دعوة البائع أسبق معنى لانه يستند الى حالة العلوق فان أصل العلوق كان فى ملكه فكانت الجارية أم ولد له والبيع باطل فان جاءت به لستة أشهر فدعوة المشترى أولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق فى ملكه وقد بينا هذه الفصول فيما أمليناه من شرح الدعوى وان ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لستة أشهر فالدعوة دعوة البائع لانهما توأم وقد تيقنا بحصول الاول منهما فى ملكه فيتبع الشك اليقين ويجعل كانها ولدتهما لاقل من ستة أشهر وان كان المشترى أعتق الام قبل الدعوة لم ترد رقيقة لان العتق نفذ فيها لقيام ملك المشترى فيها وقت الاعتاق فخرجت من أن تكون محلا لنقض البيع فيها ولانا لو نقضنا البيع والعتق كانت أم ولد للبائع فيطأها بالملك بعد ما حكمنا بحريتها وذلك لايجوز الا أن الولد محتاج الى النسب بعد عتقها وحق الاستلحاق الذى كان للبائع فى الولد باق فلهذا يثبت النسب منه وينقض البيع فيه بحصته من الثمن لان الولد صار مقصودا بالاسترداد فيكون له حصة من الثمن يرده البائع على

المشترى وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد ثبوت أمية الولد فى الام كما في ولد المغرور وان كان أعتق المشترى الولد قبل الدعوة فدعوة البائع باطل لان الولاء قد ثبت للمشترى وهو أقوى من حق الاستلحاق الذى كان للبائع فلا يبقى الضعيف به د طريان القوى ولا تصير الام أم ولد للبائع لان حقها تبع لحق الولد في النسب ولم يصدق البائع فيما هو الاصل فكذلك في التبع وكذلك ان لم يعتقه ولكنه مات ثم ادعاه البائع لانه بالموت قد استغنى عن النسب وخرج من أن يكون محلا لثبوت نسبه ابتداء واذا كان للولد ولد حي لم تجز دعوة البائع أيضا بخلاف ولد الملاعنة فان هناك النسب كان ثابتا استتر باللعان فيبقى بعد موته ببقاء ولد يخلفه حتى يظهر بدعوته وهنا النسب لم يكن ثابتا أصلا ولا يمكن اثباته بعد موته ابتداء فلهذا لا يعتبر بقاء ولد الولد فى تصحيح دعوته وقد قررنا هذا الفرق في الدعوى ﴿ قال ﴾ واذا باع أمته فولدت بعد البيع لاكثر من ستة أشهر فادعاه البائع وصدقه المشترى ثبت النسب منه وفسخ البيع لان المانع من صحة دعوته حق المشترى ولانهما تصادقا على ان العلوق كان قبل البيع والحق لا يعدوهما فاذا تصادقا على شئ ثبت ماتصادقا عليه وان لم تلد حتى باعها المشترى وتناسخها رجال ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت البيع الاول فادعوه جميعا فهو ابن البائع الاول لان أصل العلوق كان فى ملكه فتكون دعوته في المعنى أسبق وتفسخ البيوع كلها لان البيوع في احتمال الفسخ كبيع واحد فلا يبطل بذلك حق الاستلحاق الذي كان للبائع الأول وكذلك لو باع ولداً ولد عنده ثم ادعاه لان أصل العلوق والولادة كان فى ملكه فحق استلحاق النسب له في هذا الفصل أظهر والتناقض لا يمنعه من الدعوى لخفاء أمر العلوق فقد يشتبه عليه فى الابتداء فيظن أن الولد ليس منه ثم يعلم أنه منه فيتدارك ذلك بالدعوة ﴿ قال ﴾ واذا كان فى يدى رجل صبي لا ينطق ولد عنده أو لم يولد عنده فزعم أنه عبده وأعتقه ثم زعم أنه ابنه لم يصدق فى القياس للتناقض وصدق فى الاستحسان لخفاء أمر العلوق على ما بينا ولانه يقر له بالنسب فى حال حاجته الى النسب وهو فى يده بعد العتق ولو كان لقيطا في يده فادعى نسبه ثبت نسبه منه فهنا اولى ولو كان عبداً كبيراً فاعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله ثم صدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كذبه لم يثبت لانه فى يد نفسه وهو معبر عن نفسه فتتوقف صحة دعوة نسبه على تصديقه بخلاف ماقبل العتق فانه فى يد مولاه باعتبار ملكه ولا قول له في نفسه فكان

مصدقا فی دعوة نسبه من غیر تصدیقه ﴿قال﴾ وانما استحسن في الصغیر کما استحسن فی المدبرة بین اثنین جاءت بولد فادعاه أحدهما أن نسبه یثبت منه وهو ضامن لنصف قیمته مدبراً ونصف عقر أمه فکانه أشار الی أن بالعتق یثبت الولاء له والولاء لایحتمل النقض فیبطل حق استلحاق النسب فی القیاس کما فی ولد المدبرة بینهما لما ثبت نصف الولاء لشریکه لم نصدق في الدعوة فی القیاس ولکنه استحسن فقال لامنافاة بین ثبوت النسب منه وبین الولاء للشریك وفی أثبات النسب منفعة للصغیر فلهذا ثبت النسب منه في الفصلین جمیعا ثم قال هنا وولاء الولد بینه وبین شریکه وبنحوه أجاب في کتاب الدعوی وقال فی کتاب الولاء نصف ولاء الولد للشریك والنصف الآخر بمنزلة الاب ومعنی هذا أیضا أن الولاء فی النصف الآخر للأب ولکن لایظهر فی حقه بعد ثبوت النسب الا عند جنایة الولد وقد بینا هذا فیما سبق وأما الام فنصیب الاب منها أم ولد ونصیب الشریك منها مدبر لانه غیر محتمل للانتقال الیه بعد التدبیر وانما یصیر الکل أم ولد له اذا لم یملك نصیب شریکه بالضمان فأما اذا تعذر تملکه علیه اقتصر الاستیلاد علی نصیبه ولو کان عبداً کبیراً بینهما ثم دبراه ثم ادعاه احدهما ثبت النسب منه لان بالتدبیر لم یزل ملکهما ولم یظهر للعبد ید في نفسه ولا حاجة الی تصدیقه ولکن یثبت النسب من أحدهما بالدعوة استحساناً کما قبل التدبیر والولا بینهما کانهما بالتدبیر استحقا ولاءه ولا منافاة بین الولاء والنسب ﴿قال﴾ واذا ولدت ولدین فی بطن واحد فباع المولی احدهما مع الام فادعاه المشتری ثبت نسبهما منه لانهما توأم والذی في ید البائع عبد له لان دعوة المشتری دعوة التحریر فان أصل العلوق لم یکن فی ملکه فهو بمنزلة الاعتاق والتوأم ینفصل أحدهما عن الآخر فی الاعتاق فان لم یدع المشتری ولکنه اعتقه مع الام ثم ادعی البائع الذی عنده ثبت نسبهما جمیعاً منه لما قلنا وثبت حریة الأصل للولد الذی عند البائع لان أصل العلوق کان فی ملکه والتوأم لاینفصل احدهما عن الآخر فی حریة الاصل فمن ضرورة ثبوته لاحدهما ثبوته للآخر ومن ضرورة الحکم بحریة الاصل للولد الذي عند المشتری الحکم ببطلان عتقه لان حر الاصل لایعتق ولکن لیس من ضرورة ذلك بطلان عتق الام اذ الاستیلاد لیس من ضرورة نسب الولد فلهذا رد البائع حصة الابن علی المشتری من الثمن ولا یرد حصة الام ولانا لو نقضنا عتقه فی الولد انما ننقضه لاثبات ماهو اقوی منه وهو حریة

الاصل

الاصل ولو نقضنا عتقه في الام نقضه لما هو أضعف وهو حق أمية الولد ويؤدي الى أن توطأ بملك اليمين بعد الحكم بحريتها وذلك لايجوز ﴿ قال ﴾ واذا باع أمة حاملا فخاف المشترى أن يدعى البائع ولدها فأراد أن يتحرز منه فانه يشهد عليه ان هذا الحبل من عبد كان له قد زوجها منه فاذا أقر البائع بهذا لم يستطع أن يدعيه أبداً في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يستطيع أن يدعيه ان أنكر العبد الولد لان اقراره بنسب الولد للعبد يبطل بتكذيب العبد واذا بطل الاقرار صار كالمعدوم من الأصل وشبها هذا بالولاء فان الولاء بمنزلة النسب ثم لو ادعى المشترى للعبد أن البائع أعتقه فكذبه البائع كان له أن يدعى ولاءه لنفسه بعد ذلك لبطلان اقراره بتكذيب البائع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اقراره تضمن حكمين انتفاء النسب عنه وثبوته من العبد فبانكار العبد يبطل اقراره بالحكم الذى يتصل به وهو ثبوت نسبه منه ولايبطل فى الحكم الآخر وهو انتفاؤه من المقر لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أن ولد الملاعنة يقطع نسبه عن الملاعن ولا يكون لأحد فيه حق دعوة النسب لان في اثبات النسب منه بالفراش حكم بنفيه عن غيره فبعد ذلك وان أبطلنا باللعان حكم اثبات النسب من الملاعن يبقى معتبراً فى الحكم الآخر وليس النسب كالولاء لانه أثر من آثار الملك فيتصور فيه الانتقال من شخص الى شخص بخلاف النسب وتمام بيان هذا الفرق في البيوع ﴿قال﴾ أمة بين رجلين باعها أحدهما من صاحبه فولدت لاقل من ستة أشهر فادعياه معا فهو ولدهما ويبطل البيع لان العلوق أصله كان فى ملكهما فاستويا فى استلحاق النسب واذا جاز ابطال البيع فى جميعها بدعوة الولد ففي نصفها أولى وان ادعاه البائع وأعتقه المشترى معا كانت الدعوة أحق لانه يستند الى حالة العلوق فقيام ملكه فى نصفها وقت العلوق كقيام ملكه فى جميعها فى ثبوت حرية الاصل واذا كانت الدعوة أسبق وثبت بها حرية الأصل للولد كان اعتاق المشترى فيه باطلا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب المكاتب

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه اختلف الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين في وقت عتق المكاتب

فكان ابن عباس رضى الله عنه يقول كما أخذ الصحيفة من مولاه يعتق يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وكانه جعل الكتابة واردا على الرقبة كالعتق بجعل يعتق بالقبول وهو غريم للمولى فيما عليه من بدل الكتابة وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول اذا أدي قيمة نفسه عتق وهو غريم للمولى في الفضل فكانه اعتبر وصول قدر مالية الرقبة الى المولى ليندفع به الضرر عنه وكان على رضى الله عنه يقول يعتق بقدرما أدى فكانه يعتبر البعض بالكل وهو بناء على قوله يعتق الرجل من عبده ماشاء وكان زيدبن ثابت رضى الله عنه يقول هو عبد مابقى عليه درهم وبه أخذ جمهور الفقهاء وقالوا لايعتق مالم يؤد جميع البدل والدليل عليه الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كاتب عبده على مائة أو قية فاداها الا عشر اواقي فهو رقيق والا وقية أو بعون درهما وفى هذا دليل على أنه لم يعتق شئ منه الابأداء جميع البدل وهذا لان موجب العقد مالكية اليد فى حق المكاسب والمنافع للمكاتب فانه كان مملوكا يدا ورقبة فهو بعقد الكتابة يثبت له مالكية اليد لان مالكية اليد من كرامات بنى آدم وهو مع الرق أهل لبعض الكرامات ألا ترى أنه أهل لمالكية النكاح ومالكية اليد تنفصل عن مالكية الرقبة ألا ترى ان الراهن يثبت للمرتهن ملك اليد وان الغاصب يضمن بتفويت اليد فكذلك بالكتابة يثبت له مالكية اليد فاما العتق متعلق بشرط الاداء والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزءاً فجزءا لان ثبوت الحكم عند وجود الشرط نظير ثبوت الحكم بالعلة فلهذا لايعتق شئ منه مالم يؤد جميع البدل وفى هذا الحديث دليل أيضا على أنه لايستحق على المولى حط شئ من بدل الكتابة عنه وان كان يستحب له ذلك على مارواه عن على رضي الله عنه فى قوله وأتوهم من مال الله الذي آتاكم قال ربع المكاتبة وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه حط عن مكاتب له أول نجم حل عليه وقرأ هذه الآية ولكن الأمر قد يكون بمعني الندب فبالحديث المرفوع تبين أن المراد الندب دون الحتم وهو مذهبنا وعلى قول الشافعى رحمه الله تعالى يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضى الله عنه لظاهر الآية فان مطلق الامر للوجوب لان هذا عقد ارفاق يجرى بين المولى وعبده ولا يقصد المولى به التجارة وانما يقصد ايصاله به الى العتق فيكون ارفاقا ويستحق بكل عقد ما كان العقد مشروعا لاجله فاذا كان هذا العقد مشروعا

للارفاق ينبغي أن يستحق ماهو محض الارفاق وهو حط بعض البدل (وحجتنا) فيه ان العقد يوجب البدل فلا يجوز ان يكون موجبا لاسقاط البدل اذ الشئ لا يتضمن ضده والقياس لنا فانه عقد معاوضة فلا يستحق به حط شئ من البدل كسائر المعاوضات اذ يعتبر أحد العوضين بالآخر فالمراد بالآية الندب دون الحتم فانه معطوف على الامر المذكور في قوله فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً فذلك ندب وليس بحتم اذ لا يجب عليه ان يكاتب عبده وان علم ان فيه خيرا فكذلك قوله وآتوهم لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وذكر الكلبي ان المراد به دفع الصدقة الى المكاتبين فيكون هذا خطابا للناس بصرف الصدقة الى المكاتبين ليستعينوا بذلك على اداء المكاتبة كما قال في بيان مصارف الصدقات وفي الرقاب والمراد المكاتبون والدليل عليه انه قال من مال الله والمال المضاف الى الله تعالي مطلقا هو الصدقة ثم ذكر عن ابن عمر رضى الله عنه ان مكاتبا له عجز فكسر مكاتبته فرده في الرق ففي هذا دليل على ان الكتابة تحتمل الفسخ وفيه دليل على ان المكاتب اذا كسر نجما فللمولى ان يفسخ الكتابة ويرده في الرق وهو قول أبي حنيفة ومحمد لانه قد تغير عليه شرط عقده وذلك يثبت للعاقد حق الفسخ في العقود المحتملة للفسخ وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرد في الرق مالم يكسر نجمين وهو قول على رضي الله عنه قال اذا اجتمع على المكاتب نجمان فدخلا رد في الرق وكان هذا استحسان من أبي يوسف رحمه الله تعالى لان العقد مبني على الارفاق وفي رده في الرق عند كسره نجما واحداً تضييق عليه فمعنى التوسع والارفاق شرط أن يتوالى عليه نجمان وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله قال هذا اذا كانت النجوم مستوية فان كانت متفاوتة فكسر نجما واحداً يرد في الرق لانه لما عجز عن أداء الاقل فالظاهر أنه عن أداء عن الاكثر أعجز وفي حديث علىّ وابن عمر رضى الله عنهم دليل على أن للمولى أن يفسخ الكتابة عند عجز المكاتب من غير أن يحتاج فيه الى المرافعة الى القاضى فيكون حجة على ابن أبي ليلى لانه يقول لا يرد في الرق الا بقضاء القاضي فان العجز لا يتحقق بدون القضاء فان المال غاد ورائح وجعل هذا العجز نظير عجز العنين عن الوصول الى امرأته ثم الفرقة هناك لا تكون الا بقضاء القاضى ولكنا نقول العقد تم بتراضيهما والمولى ما رضى بلزوم هذا العقد الا بشرط فاذا فات عليه ذلك الشرط تمكن من فسخه لانعدام رضاه به بخلاف النكاح فانه لا يعتمد تمام الرضا وبخلاف الرد بالعيب قبل القبض لان المشترى ينفرد بالرد بالعيب قبل القبض

لفوات شرطه وهو أصل لنا فأما بعد القبض فقد قامت الدلالة لنا على تمام الصفقة بالقبض وبعد تمام الصفقة لا ينفرد بالفسخ لحاجته الى نقض القبض التام ونقل الضمان الى البائع ثم اختلف الصحابة رضوان الله عليهم في المكاتب اذا مات وترك وفاء بمكاتبته قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما يؤدي كتابته ويحكم بحريته حتى يكون ما بقي ميراثا لورثته وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه تنفسخ الكتابة بموته والمال كله للمولى وبه أخذ الشافعي رحمه الله تعالى واحتج فيه وقال المعقود عليه فات بموته قبل سلامته وذلك موجب انفساخ العقد كهلاك المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هو الرقبة فان العقد يضاف اليه والدليل عليه أن عند فساد العقد يرجع الى قيمة الرقبة والرجوع عند فساد العقد الى قيمة المعقود عليه ولانه لو بقي لبقي ليعتق بوصول بدل الكتابة الى المولى والميت ليس بمحل للعتق ابتداء لما في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت ولا يجوز أن يستند العتق الى حال حياته لان المتعلق بالشرط لا يسبق الشرط وفي اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل وجود الشرط وهو الاداء وهذا بخلاف ما اذا مات المولى لان المولى ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد ولانه لو بقي العقد بعد موت المولى يعتق بالاداء الى الورثة وصار المولى معتقا له ويجوز أن يكون الميت معتقاً ولا يجوز أن يكون معتقا ألا ترى أنه لو قال لعبده أنت حر بعد موتي كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا وكذلك لو أوصى بأن يعتق عبده بعد موته كان صحيحاً فاذا أعتق كان المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له والفقه في الكل أنه يبقى ملكه بعد موته حكما لحاجته كما فى القدر المشغول بالدين فاذا بقي ملكه صار معتقاً ولكن لا يجوز أن يبقى مملوكا بعد موته حكما لان ابقاء المالكية لمعنى الكرامة وليس فى ابقاء المملوكية بعد الموت معنى الكرامة له واذا لم تبق المملوكية لا يتصور أن يكون معتقا بعد موته ﴿ وحجتنا ﴾ فيه أنه عقد معاوضة لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا ينفسخ بموت الآخر كعقد البيع وهذا لان قضية مطلق المعاوضة التسوية بين المتعاقدين والخصم لا ينازع في هذا ولكنه يدعى أن في موت المكاتب فوات المعقود عليه وليس كذلك فان المعقود عليه ما يسلم للعاقد بمطلق العقد والرقبة لا تسلم له بمطلق العقد انما السالم له مالكية اليد وهو المعقود عليه وقد سلم بنفس العقد واضافة العقد الى الرقبة لا يدل على أن المعقود

عليه هو الرقبة كما تضاف الاجارة الى الدار والمعقود عليه المنفعة والرجوع عند الفساد بقيمة الرقبة ليس لان المعقود عليه هو الرقبة ولكن لان ماهو المعقود عليه لايتقوم بنفسه وهو مالكية اليد فيصار الى قيمة أقرب الاشياء اليه كما فى الخلع يصار الى رد المقبوض عند فساد التسمية لان ماهو المعقود عليه غير متقوم ثم اذا جاز ان يجعل المولى بعد الموت كالحى حكما حتى يصير معتقا فكذلك يجوز ان يبقى المكاتب حياً حكما حتى يؤدي كتابته فيصير حراً وهذا لان المملوكية أليق بحال الميت من المالكية لان المملوكية عبارة عن الضعف والمالكية ضرب قوة والضعف بحال الميت اليق من القوة والدليل على جواز ابقاء المملوكية بعد موته لحاجته ان كفن العبد بعد موته على مولاه ولا سبب لاستحقاقه عليه سوي المملوكية والاصح ان نقول نحن انما تبقي المالكية بعد موت المكاتب لما بينا ان بعقد الكتابة يثبت له مالكية اليد في مكاسبه وبه يتمكن من اداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة مولاه الى الولاء فاذا جاز بقاء المالكية بعد موت المولى لحاجته الى الولاء يبقى بعد موت العبد صفة المملوكية لحاجته الى الحرية ثم بقاء صفة المملوكية يكون تبعا لامقصوداً ومن أصحابنا من يقول لا نجعله حراً بعد الموت ولكنا نسند حريته الى حال حياته لان بدل الكتابة كان فى ذمته والدين بالموت يتحول من الذمة الى التركة لان الذمة لاتبقى محلا صالحا للدين بعد الموت ولهذا حل الاجل بالموت فاذا تحول بدل الكتابة الى التركة فرغت الذمة منه وفراغ ذمة المكاتب موجب حريته الا أنه لايجوز الحكم بحريته مالم يصل المال الى المولى فاذا وصل المال اليه حكم بحريته فى آخر جزء من اجزاء حياته ﴿فان قيل﴾ لو قذفه قاذف بعد اداء بدل الكتابة فانه لايحد قاذفه عندكم ولو حكم بحريته فى حال حياته لحد قاذفه ﴿قلنا﴾ هذا شئ نثبته حكما للاستحقاق الثابت بالكتابة ولتحقق الضرورة فيه والثابت بالضرورة لايعدو موضعها فلا يظهر به حريته مطلقا فى حالة الحياة ولا يصير محصنا باعتبار حرية ثبتت بطريق الضرورة والحد لايجب بقذف غير المحصن مع ان الحدود تندرئ بالشبهات والحرية تثبت مع الشبهة وكذلك الميراث فانه يثبت مع الشبهات ومن ضرورة الحكم بموته حراً أن يكون مابقى من كسبه ميراثا لورثته ﴿قال﴾ واذا اشترط الرجل على مكاتبه أن لايخرج من الكوفة الا باذنه كان هذا الشرط باطلا لانه خلاف موجب العقد فان مالكية اليد تثبت له حق الاستبداد بالخروج الى حيث

شاء والمقصود بالعقد تمكنه من ابتغاء المال وذلك بالضرب في الارض قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض الآية فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد والمقصود به فكان باطلا وعند سفيان الثوري رضي الله عنه يصح هذا الشرط لانه مفيد كالمودع اذا قال للمودع أحفظها في بيتك دون بيت غيرك صح كذا هذا وان لم يصح هذا الشرط عندنا لا يبطل العقد بهذا الشرط لان هذا الشرط وراء مايتم به العقد والشرط الفاسد في الكتابة لايفسد العقد اذا لم يكن متمكنا في صلبه وانما يفسد اذا تمكن في صلبه لمعنى وهو ان الكتابة تشبه البيع من وجه وهو أنها تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من وجه وهو انها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيوفر حظها عليهما فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلبها ولشبهها بالنكاح لاتبطل بالشرط الفاسد اذا لم تمكن في صلبها ولان هذا العقد مع احتماله الفسخ مبني على التوسع فلتحقق معنى التوسع قلنا الشرط اذا لم يتمكن في صلبه يكون لغواً بخلاف البيع فانه مبنى على الضيق ولمعنى التوسع قلنا يثبت الحيوان دينا في الذمة في هذا العقد وكل مايصلح مسمى في النكاح يصلح مسمى في الكتابة وقد قررنا هذا في النكاح ﴿قال﴾ وان أخذ كفيلا بالمكاتبة عن المكاتب لم يجز عندنا وقال ابن أبي ليلى يجوز لانه دين مطلوب في نفسه وهو كالدين الثابت في ذمة حر من صداق أو غيره ولكنا نقول المكاتب عبد له وليس للعبد ذمة قوية في وجوب الدين عليها للمولى ولانه يملك أن يعجز نفسه فتبرأ ذمته بذلك ولا يمكن اثباته بهذه الصفة في ذمة الكفيل ولا يجوز أن يثبت في ذمة الكفيل أقوى مما هو ثابت في ذمة الاصيل ﴿قال﴾ وان كاتب عبدين له وجعل نجومهما واحدة وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فهذا في القياس لا يجوز لانه كفالة ببدل الكتابة من كل واحد منهما ولانه كفالة من المكاتب والمكاتب ليس بأهل للكفالة ولكنا نجوز هذا العقد استحسانا لكونه متعارفا فيما بين الناس محتاجا اليه في تحصيل هذا الارفاق وقد يكون اعتماد المولى على أحدهما دون الآخر ولانه بهذا العقد يجعلهما كشخص واحد ولهذا اذاقبل أحدهما دون الآخر لم يجز فكأنه شرط جميع المال على كل واحد وعلق به عتق صاحبه ولهذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى لا يعتق واحد منهما الا بأداء جميع المال وعلى قول زفر رحمه الله تعالى اذا أدى أحدهما حصته من المال يعتق لان العقد لما صح ثبت موجبه وهو انقسام البدل عليهما باعتبار قيمتهما فاذا أدى أحدهما

حصته من المال فقد برئت ذمته عما عليه وانما يبقى مطلوبا بما على صاحبه بطريق الكفالة وهذا لا يمنع ثبوت الحرية فيه ولكنا نقول شرط المولى ومقصوده معتبر وقد شرط أن لا يعتق واحد منهما مالم يصل اليه جميع المال ولمراعاة شرطه قلنا له أن يطالب أيهما شاء بجميع المال ولا يعتق واحد منهما مالم يصل اليه جميع المال ثم ذكر في الكتاب الذي يكتبه المولى لهما وليس لهما ان يتزوجا الا بأذن فلان مولاهما وانما يكتب هذا للتوثق فان من العلماء من يقول للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه لتحقيق ثبوت مالكية اليد له وعندنا لا يملك لانه عبد مابقى عليه شئ من البدل فللتحرز عن قول هذا القائل يشترط ذلك في الكتاب ﴿ قال ﴾ واذا كاتب عبده على ألف درهم وعلى وصيف فهو جائز لان جهالة الصفة بعد اعلام الجنس لا يمنع صحة التسمية في عقد الكتابة كما لا يمنع ذلك في النكاح ﴿ قال ﴾ وان كاتبه على ألف درهم واشترط خدمته مدة معلومة فهو جائز لان المسمى من الخدمة يصير معلوما ببيان المدة حتى يصح استحقاقه بعقد الاجارة فكذلك يصح تسميته في الكتابة وهذا لان المكاتب يكون أحق بكسبه ومنافعه فكما يجوز أن يشترط عليه مالا معلوما يوفيه من كسبه فكذلك يجوز أن يشترط عليه خدمة معلومة يوفيها من منافعه وان اشترط عليه خدمة مجهولة بغير ذكر الوقت أو شرط على المكاتبة أن تخدمه أبداً أو يجامعها أبداً فالكتابة فاسدة لان ماشرط مع الالف مجهول جهالة متفاحشة والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وهذا المفسد تمكن فيما هو من صلب العقد وهو البدل فيفسد به العقد ولانه في معنى استثناء موجب العقد لان موجب العقد اثبات مالكية اليد له حتى يصير أحق بمنافعه ومكاسبه واشترط الخدمة عليه أبداً يمنع من ذلك وكذلك اشتراط الوطء عليها بنفسه واستثناء موجب العقد يكون مفسداً للعقد يقول فان أدى الالف عتق قال بشر المريسي هذا غلط لان العتق لا ينزل الا بعد اداء جميع المشروط عليه وقد شرط المولى عليه مع الالف شيئا آخر فكيف يعتق بأداء الالف ولكنا نقول ماذكر في الكتاب صحيح واشتراط الخدمة والوطء عليها ليس بطريق البدل لما أوجبه له بل باعتبار ابقاء ملك نفسه في الخدمة والوطء كما كان من قبل فلا يكون استثناء لموجب العقد فأما البدل المشروط عليه هو الالف فاذا أداه يعتق ويستوى في ظاهر الرواية ان كان قال له إذا أديتها الى فأنت حر أو لم يقل وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يعتق الا أن يكون قال له ان أديتها الى فأنت

حرلان العتق عند فساد العقد باعتبار الشرط فالم ينص على الشرط لا يعتق ووجه ظاهر الرواية أن العقد منعقد مع الفساد لان تاثير الفساد في تغيير وصف العقد فلا يعدم أصله واذا بقي العقد كان العتق عند الاداء بحكم العقد فلا يعتبر فيه التصريح بالتعليق بالشرط كما في البيع الفاسد يثبت الملك عند القبض بحكم العقد ثم كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا عليه أن يؤدي الفضل على الالف الى مكاتبة مثله لانه شرط مع الالف لنفسه منفعة فاذا لم ينل ذلك كان عليه مكاتبة مثله كما لو تزوج على ألف وكرامتها ودخل بها كان لها تمام مهر مثلها ثم رجع فقال عليه فضل قيمة نفسه وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لما بينا أن الرقبة هنا أقرب الاشياء الى المعقود عليه في الاعتبار عند فساد العقد فيلزمه تمام قيمة نفسه كما في البيع اذا تعذر على المشترى الرد بسبب الفساد يلزمه قيمة المبيع ولهذا قال زفر رحمه الله تعالى اذا كانت قيمته دون الالف له أن يسترد من المولى ما زاد على قيمته من الالف كما في البيع ولكنا نقول ليس له أن يسترد شيئاً من الالف لان المولى ما رضى بعتقه بحكم العقد الا بعد سلامة جميع الالف له واعتبار القيمة لدفع الضرر عن المولى فاذا كان يؤل الى الاضرار به سقط اعتباره ﴿قال﴾ وشراء المكاتب من مولاه وبيعه جائز وما استهلك كل واحد منهما لصاحبه فهو دين عليه لانه صار بمنزلة الحر يداً فيما يرجع الى المكاسب فاختص بملك التصرف فى مكاسبه فكان حال المولي فى كسبه كحال أجنبي آخر ثم قد بينا أن الولد المولود في الكتابة يسعى على النجوم بعد الموت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بخلاف المشتري وعندهما كل من تكاتب عليه يقوم مقامه بعد الموت فى السعاية على النجوم ثم كل من دخل فى كتابته اذا أعتقه مولاه ينفذ عتقه فيه عندنا كما فى رقبة المكاتب لان من تكاتب عليه كان تبعاً له فى العقد ولهذا لا يكون عليه شيء من البدل والاصل مملوك له فكذا ما يتبعه وزفر يقول لا ينفذ عتقه فيهم لان المكاتب أحق بكسبهم ليستعين به على أداء المكاتبة وفي تنفيذ عتق المولى فيهم ابطال حقه عن كسبهم وليس للمولى على المكاتب هذه الولاية ولكنا نقول ينفذ عتقه لمصادفته ملكه ثم يبطل حق المكاتب من كسبه حكما لثبوت حريته لا أن يكون بتصرف المولى وقصده ﴿قال﴾ واذا اشترى المكاتب امرأته فهما على النكاح لان حقيقة الملك فى رقبتها لا يثبت للمكاتب لقيام الرق المنافى فيه انما يثبت له حكم اليد وبملك اليد لا يبطل النكاح وله أن يبيعها مالم تلد منه لان النكاح ليس بسبب

لاستحقاق الصلة فلا يمتنع عليه البيع بسببه فان ولدت منه فقد امتنع بيعها تبعا لثبوت حق الولد وكذلك المكاتبة تشترى زوجها له أن يطأها بالنكاح لأنها لم تملك رقبته حقيقة ﴿قال﴾ ولا تجوز شهادته ولا هبته ولا صدقته ولا عتقه لبقاء الرق فيه وهو مناف لولاية الشهادة والتمليك حقيقة وباعتباره يصح التبرعات وكذلك لو باع عبداً له من نفسه أو اعتقه على مال فهو والعتق بغير جعل سواء فى انه لا ينفذ الا من المالك حقيقة وليس للمكاتب ملك على الحقيقة ﴿قال﴾ وان كاتب عبدا له ففي القياس لا يجوز أيضاً وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله لان مآل هذا العقد عتق والمكاتب ليس من أهله ولانه منفك الحجر عنه فى التجارات ليكتسب المال بها فيؤدى الكتابة والكتابة ليست من عقود التجارة ولانه يثبت بهذا العقد استحقاق الولاء عند تمامه بالاداء والمكاتب ليس من أهله ولكنا نقول الكتابة من عقود اكتساب المال وقد ثبت له مالكية اليد فيما يرجع الى اكتساب المال ألا ترى أنه يزوج أمته وان لم يكن ذلك تجارة فكذلك يكاتب وربما تكون الكتابة أنفع له من البيع لان البيع يزيل ملكه بنفسه والكتابة لا تزيل ملكه عن المملوك الا بعد وصول المال اليه فكان هذا أنفع له ولانه يسوى غيره بنفسه فى حق نفسه فانه يوجب لمملوكه مثل ما هو ثابت له وذلك صحيح منه كما يصح من الحر اعتاق مملوكه بخلاف العتق بمال فان هناك يوجب لغيره فوق ماله وهو حقيقة العتق بنفس القبول فلهذا لا يصح منه ﴿قال﴾ ولا يجوز كفالة المكاتب لانه تبرع وليس من عقود اكتساب المال فى شئ وليس له أن يشارك مفاوضة لان المفاوضة تتضمن الكفالة العامة ولا يجوز نكاحه ولا وصيته لان الوصية تبرع بعد الموت فيعتبر تبرعه في حياته والاستبداد بالنكاح فى حق نفسه يعتمد الولاية والرق ينفى الولاية ولان التزوج ليس من عقود اكتساب المال فى حقه ﴿قال﴾ واذا سرق المكاتب أو سرق منه يجب القطع لانه مخاطب تم منه جناية السرقة وحقه فى كسبه كملك الحر فى ماله فيقطع السارق منه وكذلك هو في حق الشفعة فيما يستحقه أو يستحق عليه كالحر ﴿قال﴾ وليس له أن يبيع مااشتراه من مولاه مرابحة الا أن يبين وكذلك مولاه فيما اشتري منه لان كل واحد منهما يسامح صاحبه فى المعاملة لعلمه أن ذلك لا يبعد منه ولان للمولى حق الملك فى كسب المكاتب فما يغرمه للمكاتب بالشراء لا يتم خروجه ولا يبيعه مرابحة الا على أقل الشيئين لان ذلك القدر يتيقن بخروجه عن ملكه وبعد البيان تنتفى التهمة والغرور ولو اشترى من

مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز لان هذا صريح الربا والمكاتب فى كسبه بمنزلة الحر يداً كما قررنا فصريح الربا يجرى بينه وبين المولى باعتبار هذا المعنى احتياطا ﴿ قال ﴾ واذا أخذ بالمكاتبة رهنا فيه وفاء بها فهلك الرهن عتق العبد لأن عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء على أن يتم ذلك الاستيفاء بهلاك الرهن ودين الكتابة فى حكم الاستيفاء كسائر الديون واذا صار مستوفى بهلاك الرهن عتق المكاتب كما لو استوفاه حقيقة ﴿ قال ﴾ ولو كاتبه على وصيف فأتاه المكاتب بأربعين ديناراً ثمن الوصيف أجبر المولى على قبولها لما بينا فى كتاب النكاح أن الحيوان في العقود المبنية على التوسع يثبت ديناً فى الذمة على أن يكون الحق متردداً بينه وبين قيمة الوصيف وان قيمة الوصيف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أربعون ديناراً ﴿قال﴾ واذا كاتب على خمر أو خنزير أو ماأشبه ذلك مما لا يحل فالكتابة فاسدة لان المسمى ليس بمال متقوم في حق المسلمين فلا يصير مستحقا للمولى بالتسمية فان اداه قبل أن يترافعا الى القاضي وقد قال له أنت حر اذا أديته أو لم يقل فانه يعتق وقد بينا هذا فيما سبق أن مع فساد العقد العقد منعقد فيعتق بالاداء وعليه قيمة نفسه لان العقد فاسد فيلزمه رد رقبته لأجل الفساد وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشترى شراء فاسداً اذا أعتق المبيع بعد القبض وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن عند زفر رحمه الله تعالى لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البدل فى الكتابة الفاسدة هو القيمة وانما يعتق بأداء البدل وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى أيهما أدى المشروط أو قيمة نفسه فانه يعتق لأن البدل صورة هو المشروط والعتق معلق بأدائه ومن حيث المعنى البدل القيمة فأيهما أدى يعتق وبدل الكتابة في جواز الاستبدال به بمنزلة المهر والثمن ﴿قال﴾ وان جاء المكاتب بالمال قبل محل الأجل فأبى المولى أن يقبله أجبر على أخذه لان الأجل حق المكاتب فاذا أسقطه يسقط وان صالحه المولى على أن يعجل بعض المكاتبة قبل محلها ليحط ما بقى فهذا جائز بينهما وان كان لا يجوز مثله بين الحرين لان الصحابة رضوان الله عليهم مختلفون في جواز هذا التصرف بين الحرين على ما نبينه فى كتاب الصلح فعرفنا أنه ليس بصريح الربا فلا يجري بين المكاتب ومولاه لانه عبده بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين على ما بينا واذا كاتبه على ألف درهم وعلى عبد مثله يعمل عمله وهو خياط أو شبه ذلك فهو جائز لان المسمى معلوم الجنس وان كان مجهول الوصف ألا ترى أنه لو كاتبه على عبد خياط أجزت ذلك

استحسانا ومراده القياس والاستحسان عند ترك بيان الوصف فى بدل الكتابة بعد اعلام الجنس فان فى القياس الكتابة كالبيع حتى لا تصح الا بتسمية البدل وفي الاستحسان هى كالنكاح من حيث أنه مبني على التوسع بالبدل فان المقصود به الارفاق دون المال وعلى هذا يثبت فيه الآجال المجهولة المستدركة كالحصاد والدياس والعطاء كما يثبت فى الصداق ويحل عليه المال فى ذلك الوقت حتى اذا تأخر العطاء حل عليه اذا دخل أجل العطاء في مثل الوقت الذى كان يخرج فيه لان المقصود بيان الوصف لا حقيقة فعل العطاء وان كاتب عبده على قيمته فهو فاسد لان المسمى مجهول الجنس والوصف ولان هذا تفسير الكتابة الفاسدة ولو كاتبه على عبد فلان هذا أو دابة فلان هذه لايجوز لان القدرة على تسليم المسمى معتبر لصحة الكتابة فانه لا يصح منه التزام التسليم فيما لايقدر على تسليمه وهذا بخلاف النكاح فان تسمية ملك الغير صحيح هناك لان الشرط كون المسمى مالا متقوما والقدرة على تسليمه ليس بشرط لصحة التسمية كما أنه ليس بشرط فيما يقابله ثم فى الكتابة على الاعيان روايتان على ما نذكره في كتاب المكاتب ﴿قال﴾ وان كاتبه على وصيف أبيض فصالحه من ذلك على وصيفين ابيضين أو حبشيين يدا بيد فهو جائز لان الحيوان ليس بمال الربا فبادلة الواحد منه بالمثنى يدا بيد صحيح ولا يجوز نسيئة لان الحيوان لا يثبت فى الذمة بدلا عما هو مال والاصل فيه قوله صلي الله عليه وسلم لا بأس ببيع النجيبة بالابل والفرس بالافراس بعد أن يكون يدا بيد ولا خير فيه نسيئة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

باب موت المكاتب

﴿قال﴾ رضى الله عنه واذا مات المكاتب عن مال وعليه دين وجناية وله أولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد ولدوا فى المكاتبة من أمته وأولاد اشتراهم بدئ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة لان الحقوق متى اجتمعت فى المعين وتفاوتت فى القوة يبدأ بالأقوى فالاقوى كما يبدأ فى التركة بالجهاز ثم بالدين ثم بالوصية وأصله قوله تعالى ويؤت كل ذى فضل فضله والدين أقوى من الجناية لانه كان مالا متقررا في ذمته في حياته والجناية لاتتعلق بذمته الا بقضاء القاضى أو بفوت الدفع بموته والمال خلف عن ذمته فى ثبوت الحق فيه فما كان

أسبق تعلقا بذمته وكان متقررا فى نفسه فهو أقوي ثم الجناية أقوى من الكتابة لان الكتابة ليست بدين متقرر فانه يتمكن من اسقاطها عن نفسه بان يعجز نفسه والضعيف لا يزاحم القوى فلهذا قدمت الجناية ثم بعدها الكتابة واذا أديت الكتابة حكم بحريته فى حال حياته وحرية كل من كان تبعا له فى الكتابة فلهذا كان الباقى ميراثا لجميع أولاده وكذلك ان كان له ابن مكاتب لانه اذا ضم اليه فى عقد الكتابة فهما كشخص واحد لا يعتق احدهما بحكم الكتابة قبل صاحبه فتستند حرية هذا الابن الى الوقت الذى أستند حرية أبيه وان كان مكاتبا على حدة لم يرث منه شيئا اذا أدي مكاتبته بعد موت أبيه وان كان قبل اداء مكاتبة أبيه لان اسناد الحرية فى حق الاب لاجل الضرورة ولا يوجد ذلك فى حق الابن اذا كان مكاتبا على حدة بل تقتصر حريته على وقت الاداء فيكون هو رقيقا عند موت أبيه فلا يرث منه شيئاً وان كان عليه مهر لامرأة حرة تزوجها بغير اذن مولاه كان دينها بعد قضاء بدل الكتابة لان مهرها متأخر الى مابعد العتق فان سببه لم يظهر فى حق المولى لانه ممنوع من النكاح بغير اذن المولى والمرأة راضية بتأخير حقها حين زوجته نفسها بغير اذن المولى فما لم يسقط حق المولى عن كسبه لا يظهر المهر فلهذا كان بعد دين الكتابة بخلاف الجناية فهي ظاهرة فى حق المولى ولم يوجد من المجني عليه الرضا بتأخير حقه وان لم يترك شيئا يسعى ولده الذين ولدوا فى المكاتبة فيها حتى يؤدوها لانه مات عمن يؤدى بدل الكتابة فيجعل كونه عما يؤدى به بدل الكتابة وهو المال فاذا أدوا عتق كل من كان تبعا له في المكاتبةوقد بينا ان النجوم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يبقى الا باعتبار الاولاد الذين ولدوا في المكاتبة وعندهما يبقى ببقاء كل من كان داخلا فى كتابته حتى اذا لم يكن له الا الاولاد الذين اشتراهم فانهم يباعون عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا لم يؤدوا المال حالا ويكون ثمنهم تركة له تؤدى منه كتابته وان كان معهم ولد مولود في الكتابة لم يبع هؤلاء لبقاء النجوم باعتباره يسعون به فان حل على الولد المولود فى الكتابة أول نجم ولم يكن له مال حاضر ولا غائب ينتظر ردوا جميعا فى الرق لانه قائم مقام أبيه ولو كسر أبوه نجما رد فى الرق فكذلك هو ان كانوا جماعة بعضهم غائب وعجز الشاهد لم يرد فى الرق حتى يحضر الغائب لان الذي عجز جعل كالمعدوم فيبقى النجوم ببقاء الغائب ولا يظهر عجزه عن الاداء مالم يحضر ولان كل ولد مولود فى الكتابة قائم مقام أبيه ألا ترى أنهم يعتقون باداء أحدهم

سواء أدي الغائب أو الشاهد فما لم يتحقق عجزهم لا تنفسخ الكتابة واذا مات المكاتب وله ديون على الناس وترك ولداً حراً فهو مولى لموالى الأم ما لم يخرج الدين فيؤدى الكتابة أما بقاء الكتابة فلماله المنتظر لان الدين مال باعتبار ماله ولكن لا يحكم بعتقه مالم يؤد الكتابة وما لم يحكم بعتقه لا يظهر لولده ولاء فى جانب أبيه فيكون مولى لموالي الام فاذا أديت ظهر له ولاء فى جانب أبيه فينجر ولاؤه الى موالى الاب لان الولاء كالنسب ولا يرجع موالى الام بما عقلوا من جنايته فى حياة المكاتب على موالى الاب لانه انما يحكم بعتق الاب فى آخر جزء من أجزاء حياته ولا يستند عتقه الى أول عقد الكتابة فكان موالى الام عند جنايته مواليه على الحقيقة فلهذا لا يرجعون بما عقلوا على موالى الاب ويرجعون بما عقلوا من جنايته بعد موت الاب قبل أداء كتابته لما بينا أن عتق الاب يستند الى حال حياته فتبين أن ولاءه كان لموالى الاب من ذلك الوقت وموالى الام كانوا مجبرين على الأداء فيرجعون بما أدوا كالملاعن اذا كذب نفسه بعد ما جنى الولد وعقل جنايته قوم أمه رجعوا به على قوم الاب لانه تبين ثبوت نسبه من ذلك الوقت واذا مات الولد بعد موت المكاتب قبل خروج الدين فاختصم موالى الاب وموالى الام فى ميراثه قضي به لموالى الام لانه لم يظهر ولاء فى جانب الاب بعد واذا قضى بذلك بطلت المكاتبة لان ولاءه لموالى الام وقد تقرر عند موته بحكم الحاكم ومن ضرورة بطلان الكتابة اذ لولم تبطل لكان يؤدي كتابته وتبين به ان ولاءه لقوم الاب فيبطل به حكم الحاكم وذلك ممتنع ولانه لما لم يكن بد من ابطال أحدهما بالآخر فابطال الكتابة التى اختلفت الصحابة رضوان الله عليهم فى بقائها أولى من ابطال حكم الحاكم ولأن السبب المبطل للكتابة هو عجزه عن الاداء بعد حل المال عليه ظاهر والمنفى وهو قدرته بخروج الدين موهوم والظاهر اذا تأيد بحكم الحاكم لايعتبر الموهوم فى مقابلته فان خرج الدين بعد ذلك كان للمولى لانه كسب عبده وان كان للمكاتب ولد ولدوا فى الكتابة فقد بقى النجوم ببقائهم فتي ما خرج دين المكاتب أديت المكاتبة وجر ولاء الولد وولد الولد لانه حكم بحريته مستنداً الى حال حياته وكان مابقي ميراثا واذا مات المكاتب عن ولد حر فجاء رجل بوديعة فقال هذه للمكاتب فانه يؤدي منه المكاتبة وتبين بهذه المسألة أن بموته عاجزاً لا تنفسخ الكتابة مالم يقض القاضي بفسخه لجواز أن يظهر له مال أو يتبرع انسان

بأداء بدل الكتابة عنه وهكذا فسره ابن سماعة رضى الله تعالى عنه في نوادره ثم اقرار الرجل بالوديعة للمكاتب صحيح فى حقه فيؤدي منه الكتابة ولكن لايصدق على جر الولاء لان اقراره ليس بحجة في حق موالى الام ولانه متهم بالقصد الى ابطال حقهم فى جر ولاء الولد ﴿ قال ﴾ أرأيت لو قال المولى نفسه هذه وديعة عندي للمكاتب أو أقر له بدين مثل الكتابة أو قال قد كنت استوفيت الكتابة قبل موته أكان يصدق فى جرولاء الولد اليه فكذلك غيره وبهذا تبين انه ان تبرع انسان عنه بقضاء الدين بعد موته لا يحكم بحريته بخلاف ما ذكره ابن سماعة في نوادره وهذا لان ذمته بالموت تخرج من أن تكون محلا صالحا لبدل الكتابة فلا بد من خلف يبقى باعتباره والخلف ماله دون أموال الناس عادة فاذا ظهر له مال فقد علمنا بوجود الخلف واذا تبرع انسان بالاداء فلا يتبين به وجود الخلف وقت موته فلهذا لايحكم بعتقه فى حق موالى الام ويجعل المقر بالوديعة كالمتبرع بالاداء فى حقهم واذا ترك المكاتب أم ولد ليس معها ولد بيعت فى المكاتبة وان كان معها ولد سعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب صغيراً كان ولدها أو كبيراً وان كان ترك مالا لم يؤخر الى أجله وصار حالا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حال أم الولد بغير الولد كحالها مع الولد في جميع ذلك حتى يسعى فيها على الاجل وهذا بناء على ان عندهما يمتنع على المكاتب بيع أم ولده اذا ملكها سواء كان معها ولد أو لم يكن لان ثبوت حقها باعتبار نسب الولد ونسب الولد ثابت منه سواء ملك الولد معها أو لم يملك ألا ترى ان الحر اذا ملك جارية قد ولدت منه تصير أم ولد له سواء ملك الولد معها أو لم يملك فكذلك المكاتب ولما كان فى حال حياته لايختلف حالها بين ان يكون معها ولد أولا يكون فكذلك بعد موته واما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى اذا ملكها فى حال حياته مع الولد يمتنع بيعها واذا ملكها بدون الولد لايمتنع عليه بيعها لان حقها تابع لحق الولد وثبوت التبع بثبوت الاصل فاذا لم يثبت الاصل لايثبت التبع وهذا لان حقيقة أمية الولد لا يثبت لها فى حال الكتابة ألا ترى أنه لو عجز المكاتب كانت هى أمة قنة للمولى بخلاف الحر فان حقيقة أمية الولد يثبت لها وبدخولها في ملك المكاتب لاتصير داخلة فى كتابته تبعا بدليل أنها لا تعتق بعتقه فعرفنا ان امتناع البيع انما يثبت فيها تبعا لثبوته فى الولد فاذا لم يثبت في الولد بأن لم يملك الولد معها لايثبت فيها واذا ثبت هذا في حياته فكذلك بعد

الموت والولد المولود في الكتابة هو الاصل في بقاء الاجل بوجوده فاذا كان معها الولد يثبت الاجل في حقها تبعا ويسعي على النجوم واذا لم يكن معها الولد لايثبت الأجل في حقها فتباع في المكاتبة ثم الولد خلف عن المال لان المال كسب المكاتب حقيقة فأما كسب الولد فهو قائم مقام كسب المكاتب في أداء البدل منه فلهذا كان المعتبر هو المال اذا خلف مالا وباعتبار المال لا يبقى الاجل فيصير حالا وجد الولدأولم يوجد وهذا لانه لامنفعة للميت ولا لولده في ابقاء الاجل اذا ترك وفاء وينتفعون ببقاء الاجل اذا لم يترك وفاء ليكتسب ولده فيؤدى واذا ترك المكاتب ولدين ولداله في المكاتبة وعليه دين ومكاتبة سعيا في جميع ذلك لقيامهما مقام الأب وأيهماأداه لم يرجع على صاحبه بشي لان كسبه لابيه مالم يحكم بعتقه فيجعل اداؤه من كسبه كادائه من مال أبيه وأيهماأعتقه المولى عتق كما لو أعتقه في حياة أبيه وعلى الآخر أن يسعى في جميع المكاتبة التي بقيت على الاب لان الولد الذي عتق قد استغنى عن أداء بدل الكتابة فيجعل كالمعدوم والآخر محتاج الى بدل الكتابة فكان المكاتب لم يخلف الا إياه فيسعى في جميع المكاتبة وللغرماء أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين لانهما جميعاً مال الميت وقد تعلق حق الغرماء بكل واحد منهما ألا ترى أنهما لو عجزا جميعا بدئ بقضاء الدين منهما واعتاق المولى أحدهما معتبر في اسقاط حقه عنه غير معتبر في اسقاط حق الغرماء عن كسبه فلهذا كان لهم أن يأخذوا أيهما شاؤا بجميع الدين ولا يرجع الذي يؤدي منهما على صاحبه لان أداءه من مال الميت حكما فكأنه أدى من مال الميت حقيقة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب جناية رقيق المكاتب وولده

﴿ قال ﴾ رضى الله عنه واذا قتل عبد المكاتب رجلا خطأ قيل للمكاتب ادفعه أو افده بالدية لانه أحق بكسبه مستبد بالتصرف فيه كالحر ألا ترى أنه ملك بيعه فكذلك يخاطب بدفعه بالجناية بخلاف نفسه وولده الذين لايستطيع بيعهم فانهم داخلون في كتابته فلا يمكنه دفعهم بالجناية كما لا يمكنه بيعهم ولا ن من دخل في كتابته فهو ملك لمولاه كنفسه واذا قتل عبده رجلا عمداً فله ان يصالح عنه لانه مستبد بالتصرف فيه فله ان يصالح عن جنايته على مال يؤديه لتسلم له نفسه كما للحر ذلك في ملكه ثم يؤخذ به وان عجز لانه مال

التزمه بتصرف مملوك به بسبب عقد الكتابة فيؤخذ له بعد العجز بمنزلة ما يلتزمه بالشراء وان جنت أمته جناية خطأ فباعها أو وطئها فولدت منه وهو يعلم بالجناية فهذا منه اختيار وعليه الارش لانه منع الدفع بالبيع والاستيلاد ومن خوطب بالدفع أو الفداء اذا امتنع من الدفع بعد العلم كان مختارا للفداء بعد العلم كالحر وان قتله عبد له عمدا فالعبد فى قتل مولاه عمدا كاجنبي آخر فى وجوب القصاص عليه كالحر اذا قتله عبده فالمكاتب مثله ثم المكاتب اذا قتل عمداً فهو على ثلاثة أوجه ان لم يترك وفاء فالقصاص واجب للمولى لانه عبده حين مات عاجزاً فله ان يستوفى القصاص من قاتله وان ترك وفاء وله وارث سوى المولى فلا قصاص على القاتل لاشتباه من يستوفيه فان على قول على وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما يموت حراً فيكون استيفاء القصاص لوارثه وعلى قول زيد رضى الله عنه يموت عبدا فيكون حق استيفاء القصاص للمولي واختلاف الصحابة رضى الله عنهم يمكن شبهة معتبرة ومع انعدام المستوفى لا يجب القصاص لان الوجوب فى القصاص غير مقصود بنفسه بل المقصود الاستيفاء لان الزجر يحصل به وكذلك لو اجتمعا لم يكن لهما استيفاء القصاص لان بأصل الفعل لم يجب القصاص لاشتباه المستوفى فلا يجب بعد ذلك بتراضيهما وان قتل ولا وارث له سوى المولي فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى يجب القصاص لمولاه وعند محمد رحمه الله تعالى لايجب لان سبب ثبوت حق الاستيفاء له مشتبه فان الكتابة ان انفسخت كما قال زيد رضى الله عنه فانما يستوفيه بالملك وان بقيت كما قاله على وعبد الله رضى الله عنهما فانما يستوفيه بالارث بالولاء واشتباه السبب معتبر فيما يندرئ بالشبهات كاشتباه المستوفى ألا ترى أن أمة انسان اذا كانت فى يد غيره فقال ذو اليد زوجتنيها بكذا وقال المولى بل بعتها منك بكذا لم يحل له أن يطأها لاختلافهما فى سبب ثبوت حل الوطء له وان اتفقا على ان الوطء له حلال ولكن من قبل ان حل الوطء لا يثبت مع الشبهات فاشتباه السبب يكون مانعا من ثبوته وهما يقولان تيقنا بثبوت حق استيفاء القصاص للمولى فيجب القصاص ويتمكن من استيفائه كما لو قتل عاجزاً وهذا لان الاسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لاحكامها ألا ترى أن من قال لغيره لى عليك ألف درهم غصبا وقال الآخر بل قرضاً وجب المال ولا ينظر لاختلافهما فى السبب لما اتفقا على وجوب المال فكذا هنا لا يعتبر الاشتباه فى السبب بعد ماتعين المولى مستوفيا بأى السببين كان بخلاف

ما اذا ترك وارثا لان المولى هناك لم يتعين مستوفيا مع اشتباه المستوفى لتعذر الاستيفاء وبخلاف مسألة الوطء لا نا لم نتيقن هناك بثبوت الحل له لجواز أن يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يدعى من السبب ولأن السبب هناك حكمى ولا يثبت واحد من السببين بقول أحد الخصمين مع تكذيب صاحبه وبدون ثبوت سبب الحل لا يثبت الحل وهنا السبب الموجب للقود وهو العمد المحض متيقن به وثبوت حق استيفاء المولى متيقن به أيضاً اما باعتبار الملك أو الولاء فلهذا يمكن من الاستيفاء واذا استهلك عبد المكاتب مالا فهو دين في عنقه يباع فيه لظهور سببه في حق المكاتب وان جني عبده ثم عتق المكاتب فهو على خياره لانه انما كان مخيراً بين الدفع والفداء باعتبار ملكه وقد تقرر ملكه بالعتق وان عجز فالخيار الى المولى لان الملك بعجزه تقرر للمولى فيتخير بين الدفع والفداء كما يخير الوارث بعد موت المورث في جناية عبد الحر وان كان العبد وامرأته مكاتبين مكاتبة واحدة فولدت ولداً فقتله المولى وقيمته أكثر من الكتابة فقيمته على مولاه في ثلاث سنين لان ولدهما مملوك للمولى فلا يجب عليه القصاص بقتله ولكنه داخل فى الكتابة فعلى المولى قيمته بقتله كما يلزمه الدية لو قتل المكاتب فالمال بنفس القتل يجب مؤجلا فى ثلاث سنين وان كانت الكتابة قد حلت قاصهم بها لان القيمة واجبة للأم فان الولد داخل في كتابتها حتى يكون كسبه لها فكذلك بدل نفسه وقد بينا أن الولد جزء من أجزاء الام يتبعها في الرق والحرية فكذلك فى الكتابة وقد كان للمولى أن يطالب الام بجميع الكتابة ومتى التقى الدينان تقاصا اذا استويا لانه لافائدة فى الاستيفاء ثم على المولى أداء فضل القيمة الى الام لان المقاصة انما وقعت بقدر بدل الكتابة ورجعت الام على الاب بما أدت عنه من ذلك لانها صارت قاضية بدل الكتابة بالمقاصة فكأنها أدت بنفسها فترجع على الاب بحصته وان كانت المكاتبة لم تحل أدى المولى القيمة الى الام لان المقاصة لاتقع بين الحال والمؤجل فيستوفى منه ماحل وهو القيمة لتستعين به فى مكاتبتها اذا حلت وان كان الابن مكاتبا معها فقتله المولى ثم حلت القيمة أقتص منها بقدر الكتابة ان كانت المكاتبة حلت أو لم تحل لان الولد المقتول هنا مقصود بالكتابة وقد كان مطالبا بجميع البدل عند حله والاجل لا يبقى في حقه بعد موته اذا ترك وفاء فاذا حلت القيمة قد تحقق الوفاء فصار قصاصا ببدل الكتابة حلت أو لم تحل ويؤدي المولى الى الورثة فضل القيمة والاب والام حصتهما من المكاتبة لان الابن

لو أدي جميع البدل فى حياته رجع عليها بحصتها منها فكذلك إذا صار مؤديا ببدل نفسه بعد موته ثم يقسم ذلك كله بين ورثة الابن على فرائض الله تعالى ويرث أبواه معهم لان عتقه أستند الى حال حياته وكذلك عتقهما لاتحاد العقد فى حقهم ﴿فان قيل﴾ فلماذا لا يجب على المولى الدية ﴿ قلنا ﴾ لما بينا أن استناد الحرية الي حال الحياة لاجل الضرورة وليس من ضرورته وجوب الدية فكم من قتيل حر لاتجب ديته ولان الاستناد فيما هو من حكم عقد الكتابة ووجوب الدية ليس من حكم عقد الكتابة فى شئ ولأن المولى انما يضمن جنايته ولا يستند العتق الى وقت جنايته انما يستند الى آخرجزء من أجزاء حياته بعد الجناية ولو أعتق المولى أم ولد لمكاتبه لم يجز عتقه بخلاف ما اذا أعتق ولدها لان الولد داخل في كتابته حتى يعتق بعتقه فيكون مملوكا للمولى فأما أم الولد غير داخلة في كتابته حتي لاتعتق بعتقه فلا تكون مملوكة للمولى توضيحه أن فى اعتاق الولد تحصيل مقصود المكاتب فأما فى اعتاق أم الولد تفويت مقصود المكاتب لا ن المكاتب لو عتق كانت أم ولد له يطأها ويستمتع بها وفى العتق تفويت هذا المقصود عليه فلا يملكه المولى ولو ملك المكاتب أب مولاه أو ابنه لم يعتق لان المولى لو أعتق رقيق المكاتب لاينفذ عتقه فعرفنا أنه لا يملكهم فلا يعتقون عليه ولا يمتنع بيعهم أيضا بخلاف ما اذا ملك أب نفسه أو ابن نفسه وكان ينبغى أن يمتنع بيعهم لأن للمولى فى كسب المكاتب حق الملك كما للمكاتب ولكن قال البيع من التصرف وفى حكم التصرف المولى من كسب المكاتب أجنبي والمكاتب بمنزلة الحر توضيحه أن عتق أب المكاتب وابنه من مقصود المكاتب وكسبه محل لما هو من مقاصده فكان في ادخالهم فى كتابته ليعتقوا بعتقه معني تحصيل مقصوده وعتق أب المولى وابن المولى ليس بمقصود للمكاتب فلم يكن فى ادخالهم في كتابته تحصيل مقصوده فلهذا لا يتكاتبون عليه واذا جنى المكاتب جناية خطأ فانه يسعي في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له فالواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجناية ألا ترى أن فى جناية المدبر وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمتها ومن أرش الجناية لانه أحق بكسبهما فان جنى جناية أخرى بعد ما حكم عليه بالاقل في الجناية الاولى يلزمه بالجناية الثانية أيضاً الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان موجب الجناية الاولى صار دينا فى ذمته

فتتعلق الجناية الثانية برقبته ويلزمه الاقل كالجناية الاولى وان كانت الجناية الثانيـة قبل أن يحكم عليه بموجب الجناية الاولى فليس عليه الا قيمة واحدة عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى عليه لولى كل جناية قيمة على حـدة لان من أصـله أن جنايته لا تتعلق برقبته بل موجبه القيمة ابتداء لان الدفع متعذر فكان القضاء وغير القضاء فيه سواء يجب عليه قيمة باعتبار كل جناية لكونه أحق بكسبه عند كل جناية وعندنا تتعلق جناية المكاتب برقبته لان الدفع موهوم فانه ان عجز انفسخت الكتابة ودفع بالجناية فانما تحول الى القيمة بقضاء القاضى فاذا اجتمعت الجنايات في رقبته قبل قضاء القاضى لم يلزمه الا قيمة واحدة لانه لو أمكن دفعه لم يكن حقهم الا فى رقبة واحدة بخلاف ما اذا قضى القاضي بالاولى لانه تحول الى القيمة دينا فى ذمته بقضاء القاضي ثم تعلقت الجناية الثانية برقبته حتى يدفع بها اذا عجز فلهذا يقضى له بقيمة أخرى ولو قتل رجلا عمداً هو أو ابن له في ملكه ثم صالح فى ذمتـه على مال جاز الصلح لان من دخل فى كتابتـه تبع له وله أن يصالح عن جناية نفسه فكذلك عن جناية من دخـل فى كتابتـه لانه أحق بكسـبه فان عجز فرد في الرق فان كان أعطي المـال لم يكن له حق الاسترداد وان لم يكن أدى المال لم يؤخذ بالمال حتى يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يؤخذ بالمال في الحال فيباع فيه وأصل المسئلة فى المكاتب اذا أقر بجناية الخطأ فقضى عليه بالقيمة ثم عجز لم يؤخذ به الا بعد العتق في قول أبي حنيفة لان وجوب هذا المال بقوله واقراره فيما ليس من التجارة يكون ملزما إياه بعد العتق لا بعد العجز قبل العتق لان بعد العجز الحق في ماليته لمولاه واقراره ليس بصحيح في حق المولى كما لو أقر بالجناية بعد العجز فكذلك في الصلح لان دم العمد ليس بمال فهو بهذا الصلح يلتزم مالا لا بازاء مال فهو وما يقربه سواء وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كل واحد من المالين ثابت في ذمته وهو مطالب بهما فى حال قيام الكتابة فيبقى فى ذمته بعد العجز فيباع فيه كسائر الديون وتمام بيان هـذه المسائل فى الديات واذا حفر المكاتب بـئرا فى الطريق فوقع فيها انسان فعليـه أن يسعى فى قيمتـه يوم حفر لانه جان بطريق التسبب بالحفر في الطريق فيجعل كجنايته مباشرة واذا وقع فيها آخر بعد ما قضى للاول شركه في تلك القيمة لان الموجود من المكاتب جناية واحـدة وهو الحفر فلا يلزمه به أ كثر من قيمة واحـدة ولكن الثاني يشارك الاول في تلك القيمة بخلاف جنايته بالمباشرة فان الثانية غير الاولي

ولو سقط حائط له مائل قد شهد فيه على انسان فقتله فعليه أن يسعى في قيمته لانه متمكن من هدم الحائط المائل فاذا تركه بعد ماأشهد عليه جعل كالدافع له على من سقط الحائط عليه فلزمه قيمته وان وجد فى داره قتيل أخذ بقيمته يوم وجد القتيل فيها لان التدبير فى داره اليه فيكون كالحر فى ذلك ولو وجد القتيل فى دار الحر جعل كالقاتل له فى وجوب البدل فكذلك المكاتب الا أن تكون قيمة المكاتب أكثر من الدية فينقص حينئذ عشرة دراهم من الدية لان وجوب القيمة عليه اذا كانت الجناية منه معتبر بوجوب القيمة اذا كانت الجناية عليه والجناية على المكاتب لا توجب من قيمته الا عن الف الا عشرة دراهم لانه عبد مابقى عليه درهم فكذلك القيمة الواجبة بالجناية منه فان جنى جناية ثم عجز فان كان قد قضي عليه بالسعاية فهو دين عليه يباع بها لان سببه ظاهر فى حق المولى وقد صار دينا فى ذمته بالقضاء وان لم يقض بها عليه خير المولى بين الدفع والفداء الا على قول زفر رحمه الله فانه يقول الواجب قيمته يباع فيه بناء على أصله الذي قلنا أن موجب جنايته القيمة ابتداء وقد ذكر فى كتاب الجنايات أن أبا يوسف رحمه الله كان يقول بهذا مرة ثم رجع عنه فقال يخير المولى كما هو مذهبهما لان موجب جنايته في رقبته لتوهم امكان الدفع بعد العجز وانما يتحول الى الذمة بقضاء القاضى فاذا عجز قبل القضاء بقيت الجناية فى رقبته فكانه جني ابتداء بعد العجز فيخاطب المولى بالدفع أو الفداء وان جنى عليه فالواجب ارش المماليك لانه عبد وذلك للمكاتب بمنزلة كسبه لانه صار أحق بنفسه وان قتل رجلا عمدا فعليه القود لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود والرقيق في حكم القود والحر سواء وان قتل ابن المكاتب أو عبده فلا قود على القاتل أما الابن فلأنه من وجه مملوك للمولى حتى لو أعتقه ينفذ عتقه ومن وجه هو مملوك للمكاتب حتى يكون أحق بكسبه فاشتبه من يجب القصاص له وذلك مانع من وجوب القصاص وأما عبده فلأن للمولى فيه حق الملك ألا ترى ان بعجزه يتم فيه ملك المولى ومن وجه هو ملك المكاتب حتى يتم ملكه فيه اذا أعتق فيشتبه من له القصاص ولان المكاتب انما صار أحق بكسبه ليؤدى بدل الكتابة والقصاص ليس من ذلك فى شئ والمولي ممنوع من كسبه فلا يمكن ايجاب القصاص له أيضا ومع الاشتباه لم يجب القصاص وان اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضا لانه لم يجب بأصل الفعل فلا يجب باتفاقهما بعد ذلك ولكن على القاتل القيمة لما تعذر ايجاب القصاص وهو للمكاتب بمنزلة سائر اكسابه وان عفوا

فعفوهما باطل أما المولى فلانه لم يجب له شئ وأما المكاتب فلان العفو تبرع منه فلا يصح كالابراء عن الديون وان قتل المولى مكاتبه خطأ أو عمداً وقد ترك وفاء فعليه قيمته تقضى به كتابته وكذلك لو قتل ابنه لان المكاتب كان أحق بكسبه وبنفسه فلما جعل المولى كالاجنبي فيما يجب باتلاف كسبه فكذلك فيما يجب باتلاف نفسه وان أقر المكاتب بجناية خطأ أو عمداً لا قصاص فيه فاقراره جائز مادام مكاتبا لان موجب جنايته في كسبه واقراره في كسبه صحيح وان عجز ورد في الرق بطلت عنه قضى به عليه أو لم يقض وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وذكر في كتاب الجنايات ان أبا يوسف ومحمدا رحمهما الله تعالى قالا يؤخذ بما قضى عليه منها خاصة وما أداه قبل العجز لم يسترده عندهم جميعا وقد بينا هذا ولا يلزم المكاتب مهر من نكاح بغير اذن مولاه حتى يعتق ويلزمه ذلك في في الشراء عند الاستحقاق يعني اذا اشتري جارية فوطئها ثم استحقت يغرم عقرها في الحال لان سقوط الحد هناك كان بسبب الشراء وهو عقد تجارة فما يجب باعتباره من الضمان يكون ضمان التجارة فيؤاخذ به في الحال وفي النكاح سقوط الحد عنه ووجوب المهر كان بسبب النكاح وهو ليس بتجارة فما يجب بسببه لا يكون من جنس ضمان التجارة فلا يؤاخذ به حتى يعتق توضيح الفرق أنه صار منفك الحجر عنه في الشراء ففي الضمان الواجب بسببه يلتحق بالحر ولم يصر منفك الحجر عنه من نكاح نفسه ففيما يجب بسببه هو كالعبد المحجور ولا يتزوج المكاتب بغير اذن مولاه لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب وليس في التزوج اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة ولان حكم المالكية انما يثبت له يداً ليتمكن من اداء بدل الكتابة فكل عقد لا يوصله الى ذلك لا يثبت له حكم المالكية في ذلك بل يكون هو كالعبد لا يتزوج الا باذن مولاه وكذلك لا يزوج عبده لانه تعييب للعبد وليس باكتساب للمال وكذلك لا يزوج ابنه لان الرق الباقي فيه مخرج له من أهلية الولاية بالقرابة وسبب الملك في ابنه أبعد عنه من عبده لما بينا ان من دخل في كتابته فهو مملوك لمولاه ولهذا لا يزوج ابنته أيضا لانها لما دخلت في كتابته صارت مملوكة لمولاه بمنزلة نفسه ولا يزوجها بدون اذن مولاها وله ان يزوج أمته لان تزويج الامة اكتساب في حقه فانه يكتسب به المهر ويسقط عن نفسه نفقتها وهو منفك الحجر عنه في عقود الاكتساب ﴿ فان قيل ﴾ هذا موجود في حق ابنته قلنا نعم ولكن ابنته مملوكة للمولى

وأمته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى فى ابنته دون أمته ولو عجز وقد حاضت ابنته حيضة لا يجب علي المولى فيها استبراء جديد ويلزمه ذلك فى أمته ومكاتبته كانه تزوجها برضاها بدون اذن المولى لا ن بكتابتها ثبت لها الحق فى نفسها دون اذن المولى وانما يعتبر رضاها فى تزويجها ولا يعتبر رضا المولى ولا تتزوج المكاتبة بغير اذن مولاها وكان ينبغى أن يملك ذلك لا نه اكتساب للمهر فى حقها ولكن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بالتزوج لان فيه تعييب رقبتها فان النكاح عيب فيها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فى ملك المولى توضيحه أن النكاح غير مشروع فى الاصل لا كتساب المال بل للتحصين والنفقة وانفكاك الحجر بسبب الكتابة في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيئاً آخر سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة فان تزوجت بغير اذن مولاها فلم يفرق بينهما حتى عتقت جاز النكاح ولا خيار لها لان المانع حق المولى وقد سقط بالعتق ونفوذ العقد كان بعد العتق وفي مثله لا يثبت الخيار لها واذا وقع المكاتب على بكر فافتضها كان عليه الحد لوجود الزنا المحض منه وهو مخاطب فان دخل فى ذلك وجه شبهة ولم تطاوعه المرأة كان عليه المهر لان هذا الفعل لا ينفك عن عقوبة أو غرامة اذا حصل فى غير الملك وقد سقطت العقوبة فوجب المهر الا أنها اذا طاوعته فقد رضيت بتأخير حقها فيتأخر الى مابعد العتق واذا لم تطاوعه فلم ترض بتأخير حقها فيلزمه ذلك فى الحال كما لو جنى عليها كان مؤاخذاً بالارش فى الحال فان قال تزوجتها فصدقته فانما عليه المهر اذا عتق لوجود الرضا منها بتأخير حقها وان قال اشتريتها أو وهبت لى أخذ بالمهر فى المكاتبة لما بينا أن فى الشراء الواجب من جنس ضمان التجارة وكذلك فى الهبة لانه انما سقط الحد عنه بسبب موجب للمال فهو نظير الشراء وهذا لان بعد الملك لا حق لأحد سواه فلا يعتبر فعل الغير فى الرضا بالتأخير بخلاف التزويج فانه لا يسقط به حقها من نفسها فيعتبر رضاها وتمكينها من تأخير حقها ولا يجوز هبة المكاتب ولا صدقته وقال ابن أبي ليلى يتوقف عتقه وهبته وصدقته على سقوط حق المولى بعتق المكاتب فاذا عتق نفذ ذلك كله لانه أحق بكسبه في الحال ولكن فيه حق المولى على أن يصير مملوكا اذا عجز فيمتنع نفوذ هذه التصرفات

منه في الحال لمراعاة حق المولى فاذا سقط حق المولي بالعتق فقد زال المانع فينفذ تصرفه كالوارث اذا أعتق عبداً من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين ولكنا نقول هو ليس بأهل للتبرعات لكونه عبداً ولان صحة التبرعات باعتبار حقيقة الملك وهو ليس من أهله ولا يتوقف التصرف اذا صدر من غير أهل فهو كالصبي اذا أعتق أو وهب ثم بلغ لم ينفذ ذلك منه ولان بالعتق يتم ملكه في الكسب مقصوراً على الحال فلا ينفذ التبرع السابق عليه منه ألا ترى أن المولى لو كان هو الذى أعتق عبده أو وهب كسبه ثم عجز المكاتب حتي ملك المولى لم ينفذ ذلك التصرف منه فهذا مثله ولا يجوز وصية المكاتب وان ترك وفاء لانه تبرع بعد الموت فيكون كتبرعه في حياته ﴿فان قيل﴾ أليس أنه اذا أديت كتابته يحكم بموته حراً ولو عتق في حال حياته وجب تنفيذ وصيته بمال مرسل بعد موته من ثلثه فكذلك اذا أديت كتابته ﴿ قلنا ﴾ قد بينا أن استناد حريته في حكم الكتابة للضرورة ووصيته ليست من ذلك في شئ ولان حريته انما تستند الى آخر جزء من أجزاء حياته وتلك الحالة للطافتها لا تتسع للوصية ولا يجوز اقراضه ولا كفالته لانه تبرع الا أن كفالته ككفالة العبد المحجور عليه تظهر في حقه بعد العتق واستقراضه جائز لانه تبرع عليه وهو من أهله بمنزلة قبول الهبة والصدقة ويجوز بيعه وشراؤه بالمحاباة لأنه من التجارة وقد يفعله التاجر لاظهار المسامحة حتى يميل الناس اليه أو يحابي في تصرف ليتوصل به الى تصرف آخر هو أنفع له وكذلك ان حط شيئاً بعد البيع بعيب ادعى عليه أو زاد في ثمنه شيئا اشتراه فهذا من صنع التجارة والمكاتب فيما هو من التجارة بمنزلة الحر وان أعار دابة أو أهدى هدية أو دعا الى طعام فلا بأس بذلك وهذا استحسان فأما في القياس هذا كله تبرع والمكاتب ليس من أهل التبرع ولكنه استحسن فقال هذا من صنع التجارة فانه لا يجد بداً من ايجاد الدعوة للمجاهرين أو الاهداء اليهم أو اعارة مسكن أو غير ذلك منهم اذا أتوه من بلدة أخرى واذا لم يفعل ذلك تفرقوا عنه فلكونه من توابع التجارة قلنا يملكه استحسانا وليس له أن يكسو الثوب لان ذلك تمليك لعين الثوب بطريق التبرع والتاجر لا يحتاج الى ذلك عادة وكذلك لا يعطى درهما فصاعداً لانه تبرع بتمليك العين بخلاف المنفعة فالتجار يتوسعون في المنافع ما لا يتوسعون في الاعيان ففي هذا اشارة الى أن له أن يعطى دون الدرهم لانه

قد يحتاج الى ذلك عادة فان مجاهره اذا شرب الماء من سقاء على باب حانوته لا يجد بداً من اعطاء فلس لاجله وما دون الدرهم قليل يتوسع فيه الناس فلهذا يملكه استحسانا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب مكاتبة المكاتب

﴿قال﴾ رضي الله عنه وقد بينا أن للمكاتب أن يكاتب استحسانا فان أدى الثانى قبل الاول كان ولاؤه لمولى الاول لان الاول صار معتقا فيخلفه مولاه لأن الاعتاق يعقب الولاء وهو ليس بأهل للولاء لانه رقيق بعد فيخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئاً يملكه مولاه بهذا الطريق وهو أن الشراء موجب للملك فاذا لم يكن المشتري من أهل الملك خلفه فى الملك أقرب الناس اليه وهو المولى فان عتق الاول بعد ذلك لم يرجع اليه كما لا يرجع الملك في كسب العبد اليه بعد مايعتقه مولاه وان سبق الاول بالاداء ثم أدي الثانى فولاؤه للاول لان الولاء يعقب العتق وانما عتق الثانى بعد ماتم الملك للاول فى رقبته وهو من أهل الولاء لحريته فان قتل المولى مكاتب مكاتبه وقيمته ألف ومكاتبه خمسمائة وقد بقي على الاول من مكاتبته مائة فعلى المولي قيمته ألف درهم في ثلاث سنين يقتص من ذلك المائة التى بقيت من مكاتبة الاول اذا كانت قد حلت وحل ماعلى المولى من القيمة فيعتق المكاتب الاول وقد صار مستوفياً من الثانى لانه من مكاتبته ثم يعطيه المولى اربعمائة تمام مكاتبة الثانى والخمسمائة الباقية ميراث للمولى فان لم يكن للثاني وارث فهو لاقرب الناس من المولى من العصبة لان عتقه يستند الى حال حياته والاول في ذلك الوقت كان مكاتباً فيكون ولاء الثانى للمولى الا ان المولى قاتل ولا ميراث للقاتل فكان ذلك لاقرب عصبة له وان كانت مكاتبته ألفا ولم يحل على المكاتب الاول شئ من نجومه فان المولى يؤدي جميع القيمة الى المكاتب الاول في ثلاث سنين لان الثانى مات عن وفاء فان فى قيمته وفاء بمكاتبته فيستوفى الاول مكاتبته من قيمته ويحكم بحريته ولو لم يقتله المولى ولكن قتله المكاتب الأول وقيمة القاتل أكثر فعليه قيمة المقتول يستوفى من ذلك كتابته وان فضل من قيمته شئ أداه الى المولى لان ولاءه للمولى حين عتق قبل الأول فيكون

ما فضل ميراثاً مكاتب كاتب عبداً ثم مات الأول عن ابن حر ولم يترك الا ماعلى الآخر ثم مات الآخر عن ابن ولد له في المكاتبة فعليه أن يسعى فيما على ابنه فيؤدى ذلك الى المولى من مكاتبة الأول لان عقد كتابة الأول باق ببقاء دينه على المكاتب الثانى فيؤدى منه مكاتبته وما فضل عنها فهو ميراث لابن الأول عن أبيه لانه حكم بحريته قبل موته وولاء الابن الآخر لابن الأول لان عتق كل واحد من المكاتبين يستند الى آخر جزء من أجزاء حياته فانما حكم بحرية الثانى بعد الحكم بحرية الأول فيكون ولاؤه وولاء ولده للمكاتب الأول يخلفه فيه ابنه مكاتب اشترى امرأته ولم تكن ولدت منه ثم كاتبها فذلك جائز وما ولدت بعد الكتابة فهو معها في الكتابة لانه جزء منها وقد صارت هى أحق بنفسها وولدها بعقد الكتابة فان مات المكاتب عن وفاء عتقت هى وأولادها لان كتابة الأول لما أديت فقد حكم بعتقه وصارت المكاتبة أم ولده فتعتق بالاستيلاد هى وأولادها وأخذ أولادها مابقى من ميراثه بعد أداء كتابته لانهم عتقوا فى حال حياته حين تم ملكه فيهم وهم أولاده فان لم يترك وفاء فالمرأة وولدها بالخيار ان شاؤا سعوا فيما بقى على الأول ليعتقوا بعتق الاول وان شاؤا سعوا فيما بقى على الام لانهم يستفيدون العتق باداء ذلك كما لو أدوا الى المكاتب فى حياته ويسعون فى الاقل من ذلك لان العبد انما يتخير بين شيئين لرفق له فى احدهما والرفق فى اختيار الاقل دون الاكثر وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والديه لانهم دخلوا فى كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة مملوكين للمولى حتى لا يبيعهم وكما لا يكاتب نفسه فكذلك لا يكاتبهم ولا يجوز له أن يكاتب من لا يجوز له بيعه الا أم ولده لان أم الولد وان امتنع بيعها تبعا لولدها فلم تدخل في مكاتبته حتى لا تعتق بعتقه قبل موته ولانها لم تصر مملوكة للمولى حتى لا ينفذ عتقه فيها والمكاتبة أحق بكسبها فاذا كاتبها يحصل له ماهو المقصود بعقد الكتابة لانها تصير أحق بمكاسبها واذا كاتب المكاتب امرأته ولم تلد منه ثم ولدت بعد الكتابة ثم ماتت المرأة ولم تترك وفاء فالابن بالخيار ان شاء سعى فيما بقى على أمه ليعتق بأدائه وان شاء عجز نفسه فيكون بمنزلة أبيه لانه تلقاه جهتا حرية أحدهما ببدل يؤديه والآخر بغير بدل عليه وهو التبعية لابيه فيميل الى أيهما شاء واذا كاتب المكاتب عبداً له ولد عنده في مكاتبته ثم أدعاه يثبت النسب منه لان أصل العلوق كان فى حكم ملكه ثم الابن بالخيار بين المضى على الكتابة وبين العجز لما بينا ﴿فان قيل﴾

لما كان لا يكاتبه ابتداء بعد ثبوت نسبه منه فينبغي أن لا تبقى مكاتبته أيضا ﴿ قلنا ﴾ مثله لا يمتنع ألا ترى أنه لا يتزوج المكاتب أمته ثم يشتري امرأته فيبقى النكاح وهذا لانه يصدق في دعوى النسب لما فيه من المنفعة للولد ولا يصدق في ابطال ماثبت له من الحق في كسبه بعقد الكتابة ولهذا يخير الولد واذا كاتب المكاتب عبداً له على نفسه وماله أو على نفسه وابنه فهو جائز لان المكاتب مالك لعقد الكتابة في مكاسبه بمنزلة الحر والكتابة من الحر صحيحة بهذه الصفة فكذلك من المكاتب واذا مات المولى عن ابن وابنة وله مكاتب فاعتقه أحدهما فعتقه باطل لان المكاتب لا يورث كما لا يملك بسائر أسباب الملك مع قيام الكتابة ولان المولى استحق ولاءه بعقد الكتابة ففي جعل رقبته ميراثا ابطال هذا الاستحقاق على المولى فالمعتق منهما أضاف العتق الى مالا يملكه فلا ينفذ منه ولا يسقط به حصته من البدل أيضاً لانه أضاف التصرف الى مالا يملكه فلا يظهر حكمه فيما يملكه كاحد الشريكين في العبد اذا أعتق نصيب شريكه يكون لغوا منه ولا يفسد الرق في نصيبه واذا أعتق المكاتب جميع الورثة في القياس لا ينفذ أيضاً ولا يسقط حقهم في بدل الكتابة لاضافتهم التصرف الى ماليس بملك لهم وفي الاستحسان يعتق ويجعل هذا بمنزلة الاقرار منهم باستيفاء بدل الكتابة ومعنى هذا ان المكاتب انما يعتق بعد موت المولى بايفاء جميع بدل الكتابة فقولهم هو حر يكون اقراراً منهم بما تحصل به الحرية له وهو إيفاء بدل الكتابة بخلاف ماإذا قال ذلك بعضهم لانه لا يعتق شيء منه بايفاء نصيب أحدهم من بدل الكتابة فلا يتضمن كلامه الاقرار باستيفاء نصيبه توضيحه ان عتق جميع المكاتب مسقط لبدل الكتابة عنه فيمكن أعمال كلامهم بطريق المجاز وهو ان يكون اسقاطا منهم لبدل الكتابة ومتي تعذر العمل بحقيقة الكلام يعمل بمجازه اذا أمكن بخلاف ما اذا أعتق أحدهم لان عتق البعض ليس بمسقط عنه شيئاً من بدل الكتابة على مابينا اذا أعتق نصفه بالتدبير بموت المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة بخلاف ماإذا أعتقه كله فقد تعذر العمل بحقيقة كلامه ومجازه في ملكه فلهذا كان لغواً ثم ولاؤه للابن دون الابنة لما بينا ان المولى استحق ولاءه وانما عتق على ملكه فيخلفه ابنه في ولائه لانه عصبته وان وهب له احدهما نصيبه من المال فذلك جائز لان المال صار ميراثا لهما فانما أضاف الواهب تصرفه الى ملكه ولا يعتق شيء منه لانه سقط عنه بعض البدل ولا موجب لذلك في العتق كما لو أوفى بعض البدل فان عجز فرد

في الرق فنصيب الواهب من الرقبة ملك له لان الكتابة انفسخت بالعجز وصارت الرقبة ميراثا لهما وليس لهبة بدل الكتابة تأثير في انتقال ملكه عن الرقبة ولانه تبين أن ميراثهم كان هو الرقبة دون المال فكان هبته لنصيبه من المال لغواً وهذا بخلاف ما اذا كاتب رجلان عبداً لهما ثم وهب احدهما نصيبه من البدل فان هناك يعتق نصيبه لا نه مالك لنصيبه حتى يملك اعتاقه فيجعل هبته لنصيبه من البدل كاعتاقه وهنا أحد الوارثين لا يملك اعتاقه فلهذا لا يعتق شئ منه بهبة نصيبه من المال منه وان وهب منه جميع الورثة المال عتق استحسانا كما لو أعتقه جميع الورثة وهذا أظهر لأن ذمته برئت عن جميع المال حين وهبوه له وبراءة ذمة المكاتب توجب حريته واذا أدى المكاتب مكاتبته الى الورثة دون الوصي وعلى الميت دين يحيط بذلك أولا يحيط لم يعتق لانه لا حق للورثة في قبض بدل الكتابة منه مادام على الميت دين فاداؤه اليهم في هذه الحالة كادائه اليهم قبل موت المولى وان أداها الى الوصي عتق كان عليه دين أو لم يكن وصل ذلك الى الغريم والوارث أو لم يصل لا ن الوصي قائم مقام الموصي والأداء اليه كأداء الى الموصي وكذلك ان كانت الورثة حين قبضوا منه دفعوه الى الوصي فهو كدفع المكاتب بنفسه الى الوصي واذا أداها الى بعض الورثة ولا دين على الميت لم يعتق الا أن يوصل الوارث الى الآخرين انصباءهم ان كانوا كباراً أو الى الوصي نصيب الصغير فحينئذ يعتق لان حق القبض لكل واحد منهم في نصيبه ولا ولاية للقابض على الآخرين فلا يعتق بقبضه مالم يوصل اليهم انصباءهم ولهم الخيار ان شاؤا اتبعوا المكاتب بحصصهم وان شاؤا اتبعوا الوارث القابض بمنزلة سائر الديون اذا قضاها الغريم بعض الورثة ولا يعتق المكاتب حتى يقع في يد كل انسان نصيبه لانه لا يستفيد البراءة الا بذلك ولو أدى المكاتبة الى الورثة وهم صغار فذلك باطل لا نه لا يستفيد البراءة بقبضهم فان قبض الصبي دينه من غريمه باطل فما لم يصل الي وصيه لا يعتق وان كان على الميت دين يحيط بالمكاتبة فأعطاها المكاتب الى الغرماء فذلك جائز اذا أخذ كل ذي حق حقه منها لانه أوصل الحق الى مستحقه ألا ترى انه لو لم يكن عليه دين فأعطاها الورثة وهم كبار فاقتسموها بينهم بالحصص كان ذلك جائزا فكذلك الغرماء واذا أوصى بما على مكاتبه لرجل وهو يخرج من الثلث فأداها الى الموصي له جاز لانه تعين مستحقا لما عليه بايجاب الموصي له وكذلك اذا أداها الى الوصي لانه قائم مقام الموصي فيما هو من حقه وتنفيذ الوصية من حقه فكان للوصي

أن يقبض لينفذ الوصية فيه فلهذا عتق المكاتب بالدفع اليه وصل الى الموصى له أو لم يصل وان أداها الى الوارث لم يعتق حتى يصل الى الموصي له لانه لا حق للوارث في هذا المال وكذلك لو كان أوصى بثلث ماله لم يعتق المكاتب بالاداء الى الوارث حتى يصل الثلث الى الموصى له والله أعلم بالصواب

باب المكاتبة من المريض والمرتد

﴿قال﴾ واذا كاتب الرجل عبده في مرضه على مكاتبة مثله ولا مال له غيره ثم مات المولى فانه يقال للمكاتب. عجل الثلثين من المكاتبة والثلث عليك الى الاجل فان لم يعجل رد رقيقاً لان التأجيل تبرع منه والتبرع في مرضه بالتأخير كتبرعه بالاسقاط فلا يصح الا في ثلثه بخلاف ماذا كاتبه في صحته لان تأجيله هناك صحيح مطلقا لكونه مالكا للتبرع بالاسقاط في صحته ولا يبطل الاجل بموت المولى لانه حق المكاتب وان كان كاتبه على أكثر من قيمته أضعافا فكذلك الجواب في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة وفي قول محمد رضوان الله عليهم أجمعين تأجيله فيما زاد على مقدار قيمته صحيح وكذلك في قدر ثلث قيمته وانما يلزمه أن يعجل قدر ثلثي قيمته لان مازاد على قدر قيمته فقد كان للمريض أن لا يملكه أصلا ولا يثبت حق ورثته فيه بأن يكاتبه على قيمته فاذا تملكه مؤجلا صح تأجيله مطلقا كالمريضة اذا زوجت نفسها بمهر مؤجل صح تأجيلها في ذلك لان لها ان لا تملك ذلك أصلا بأن لاتزوج نفسها أصلا وهما يقولان جميع البدل مسمى في الكتابة بمقابلة ماهو حق للمولى في رقبته فلا يصح التأخير الا في ثلثه كما لو كاتبه على قيمته وهذا لان حق المولى في مالية الرقبة وقد تعلق به حق الورثة في ذلك فكان جميع البدل بمقابلة ماتعلق به حق الورثة فلهذا لايصح التأجيل الا في ثلثه بخلاف المهر فانه بدل عما لاحق للوارث فيه وانما يثبت حق الوارث فيه ابتداء فاذا كان مؤجلا لم يثبت حقهم الا بتلك الصفة ولو كاتبه في مرضه على مكاتبة مثله ثم أقر باستيفائها لم يصدق الا من الثلث لان ماباشره في المرض من المكاتبة والاقرار بالاستيفاء بمنزلة الاعتاق ولانه يتمكن تهمة المواضعة من حيث أنه لما علم انه لو أعتقه كان من ثلثه واضعه على هذا ليحصل مقصوده بهذا الطريق فلا يصدق في حق الورثة ولكن ان كان عليه دين يحيط بما له لا يصدق في شئ الا أن

العبد يعتق ويؤخذ بالكتابة كما لو أعتقه وان لم يكن عليه دين وهو يخرج من ثلث ماله فهو حر ولا شيء عليه وان لم يكن له مال سواه فعليه السعاية فى الثلثين فى المكاتبة للورثة الا أن تكون قيمته أقل فحينئذ يسعى في ثلثي قيمته لان تهمة المواضعة انما تمكنت في مقدار القيمة ولا تمكن في الزيادة على ذلك فيصح اقراره باستيفائه ويجعل هذا واعتاقه في مرضه ابتداء سواء وكذلك لو أقر انه كان كاتبه في صحته واستوفى لان اقراره لا يصح فى المرض الا بما يملك انشاءه وتتمكن فيه تهمة المواضعة كما بينا وان كاتبه فى صحته ثم أقر فى مرضه بالاستيفاء صدق في ذلك لأن تهمة المواضعة هنا منتفية حين باشر العقد في صحته لتمكنه من اعتاقه يومئذ ثم المكاتب يستحق براءة ذمته عند اقراره بالاستيفاء فلا يبطل ذلك الاستحقاق بمرضه بخلاف ما اذا كاتبه في مرضه ألا ترى أنه لو باعه فى صحته من انسان ثم أقر فى مرضه باستيفاء الثمن كان مصدقاً فى حق غرماء الصحة بخلاف ما لو كان باعه فى مرضه ولو أن مكاتباً أقر عند موته أنه كاتب عبده فلانا واستوفى مكاتبته لم يجز قوله لان هذا بمنزلة الاعتاق والمكاتب لا يملك ذلك أصلا ولان هذا من الحر صحيح من ثلثه وليس للمكاتب ثلث فلهذا كان على الآخر أن يسعى في جميع المكاتبة وكذلك لو كاتبه فى مرضه بأقل من قيمته لم يجز لان محاباته وصية والوصية من المكاتب باطلة ولو كاتبه على مكاتبة مثله أمر الآخر أن يعجل مكاتبته كلها والا رد فى الرق لان تأجيله تبرع منه والمكاتب المريض ليس من أهله فان برأ من مرضه صح ذلك منه لان المرض اذا تعقبه برء فهو كحالة الصحة ولو أوصى رجل فقال كاتبوا عبدى على كذا الى أجل كذا ان حدث بى الموت وذلك كتابة مثله أجزت ذلك ان كان يخرج من الثلث كما لو باشره بنفسه لانه أوصى بما هو من حاجته وقصد به استحقاق ولاية فهو كما لو أوصى بعتقه وان لم يكن له مال غيره عرضت عليه أن يعجل الثلثين ويؤخر الثلث ان قبل الكتابة كما لو باشره فى حياته فان أبى لم يكاتب لأن عقد الكتابة لم يتم بدون رضاه وكذلك ان حط عنه منها شيئاً يكون أكثر من الثلث ولو كان مكاتب أوصى بهذا فى عبده لم يجز لانه وصية ولا يجوز للمكاتب ان يوصي بشيء وان ترك وفاء ولو كاتب رجل عبده فى مرضه ولا مال له غيره فأجاز الورثة فى حياته فلهم أن يمتنعوا من الاجازة بعد موته كما فى سائر الوصايا وهذا لأنهم أجازوا قبل تقرر حقهم لأن حقهم انما يثبت فى الحقيقة بعد موت المولى ولأن اجازتهم في الحياة للاستحياء منه فلا

يكون ذلك دليل الرضا منهم وانما دليل الرضا الاجازة بعد الموت ﴿قال﴾ وان كاتب المرتد عبده فكتابته موقوفة ان أسلم جاز وان قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كتابته جائزة الا ان عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز جوازها من الاصحاء وعند محمد رحمه الله تعالى من المريض حتى تعتبر من ثلثه وهو بمنزلة اختلافهم في سائر تصرفات المرتد واذا قسم القاضي مال المرتد بين ورثته ثم كاتب الوارث عبداً من تركته ثم تاب المرتد ورجع فوجد المكاتب فهو مكاتب له يؤدي اليه ويعتق وولاؤه له كانه هو الذي كاتبه وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا سبيل له عليه لان الوارث بتصرفه استحق ولاءه فكانه أعتقه ولأن المكاتب غير محتمل للنقل من ملك الى ملك فلا يعود اليه من ملك الوارث كالمدبر وأم الولد ولكنا نقول استحقاق العتق لا يثبت بنفس الكتابة ولهذا كان محتملا للفسخ والمرتد اذا تاب لا يتملك ماله على الوارث ولكنه يعود الى قديم ملكه كما كان وعقد الكتابة لا يمنع من ذلك الا ترى ان المكاتب اذا كاتب عبداً له ثم عجز الاول كان الثاني مكاتبا للمولى ويجعل كان الاول كان نائبا عن المولى في مكاتبته فكذلك هنا يجعل الوارث كالنائب عنه في مكاتبته وكتابة المرتدة وعتقها وبيعها جائز كما يكون في الاسلام لان نفسها تتوقف بالردة حتى لا تقتل فكذلك ملكها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان كاتبت على خمر أو خنزير فاني ابطل ذلك ولا أجيز عليها الا ما يجوز منها قبل الردة لانها مجبرة على الاسلام فكان حكم الاسلام باقيا في حقها واذا ارتد العبد والمولى مسلم فكاتبه جاز لان المانع من نفوذ تصرف المرتد توقف ملكه على حق ورثته وذلك لا يوجد في العبد ولانه محض منفعة في حقه بمنزلة قبول الهبة فان قتل وترك مالا أخذت الكتابة من ماله والباقي ميراث لورثته لانه حكم بحريته مستندا الى حال حياته والمرتد الحر يرثه الورثة المسلمون وكذلك لو ترك ولداً ولد له في المكاتبة يسعى فيما عليه لان موته عمن يؤدي بدل الكتابة كموته عما يؤدي به بدل الكتابة واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فأخذ أسيرا فابي أن يسلم فانه يقتل ويستوفي مولاه من كسبه مكاتبته والباقي ميراث استحسانا وكان القياس ان يكون كله لمولاه ان كان عبداً وان كان حراً فهو فيء لانه كسب ردته وأبو حنيفة رحمه الله لا يقول بتوريث كسب الردة عن المرتد اذا كان حراً ولكن يجعل ذلك فيئا للمسلمين

فكذلك فى المكاتب ولكنه استحسن هنا فقال فى كسب المكاتب حق لمولاه على معنى أنه متى عجز كان كسبه لمولاه والمولى مسلم فقيام حقه يمنع من أن يكون كسبه فيئا فلهذا يجعل هذا وما اكتسبه فى حالة الاسلام سواء يؤدى منه بدل كتابته ويكون الباقى ميراثا لورثته وإذا لحق المكاتب بدار الحرب مرتداً وخلف فى دار الاسلام ابنا له ولد فى كتابته فلا سبيل على ابنه حتى ينظر مايصنع المكاتب فان مات أو قتل عن وفاء أديت كتابته والباقى ميراث لابنه وان لم يترك وفاء سعي الابن فيما على أبيه وكذلك لولم يترك فى دار الاسلام ولدا ولكنه خلف مالا لم اقسم ماله حتى أنظر مايصنع وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يؤدى مكاتبته من ماله ويجعل الباقى ميراثا لورثته لان لحوقه بدار الحرب كموته ألا ترى أن في حق الحر يجعل هذا كالموت فى قسمة ماله بين ورثته فكذلك في حق المكاتب ولكنا نقول لحوقه بدار الحرب ليس بموت بعينه ولكن باعتبار أنه يصير حربيا وأهل الحرب فى حق المسلمين كالموتى يجعل ميتا حكما وهذا لا يوجد فى حق المكاتب لان ملك المولى فى رقبته باق وقيام ملك المسلم فى رقبة العبد يمنعه من أن يصير حربيا فاذا لم يصر حربيا كان هو بمنزلة المتردد فى دار الاسلام والحكم فيه اذا كان مترددا فى دار الاسلام مابينا فكذلك بعد لحاقه ولو لم يلتحق بدار الحرب ولكن أهل الحرب اسروه فباعوه من رجل فاعتقه فذلك باطل لانهم بالاسر ماملكوه فان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك وانما يملك بالاستيلاء مايحتمل النقل من ملك الى ملك واذا لم يملكوه بالاسر لا يملكه المشترى منهم فكان اعتاقه اياه باطلا وان كان المشتري اشتراه بأمره رجع عليه بالثمن لانه مكاتب على حاله فيصح أمره المشتري بشرائه فى كسبه كما يصح أمر الحر الاسير بذلك فيرجع عليه بما أدي لانه أدي مال نفسه فى تخليصه بأمره وان كان أصابه المسلمون فى غنيمة أخذه مولاه بغير شيء قبل القسمة وبعدها وهو مكاتب على حاله لان الكفار لم يملكوه بالاسر فلا يملكه المسلمون أيضا وكذلك الجواب فى أم الولد والمدبر وان كاتب الحربى المستأمن عبدا فى دار الاسلام فهو جائز كما لو أعتقه بمال أو بغير مال فان مات عن مال أديت كتابته والباقى ميراث للحربي ان جاء بالعبد من دار الحرب لانه مولاه وهو حربى مثله ألا تري أنه كان متمكنا من الرجوع الى دار الحرب والحربى يرث الحربى وان كان اشتراه في دار الاسلام وهو مسلم أو كافر كان الباقى لبيت المال لان الحربى لا يرث المسلم ولا المعاهد

والعبد الكافر الذى اشتراه فى دارالاسلام بمنزلة المعاهد حتى لو عتق كان معاهداً لايترك ليرجع الى دار الحرب ولايرثه الحربى بخلاف العبد الحربى فانه لوعتق فهو حربى على حاله فيرثه الحربى فان لحق الحربى بدار الحرب فالمكاتب مكاتب على حاله لان حكم الامان باق فيما خلفه فى داز الاسلام فان بعث بما عليه اليه عتق لبراءة ذمته وان ظهر المسلمون على الدار فقتل الحربى أوأسرعتق المكاتب لبراءة ذمته عن بدل الكتابة فانه لم يبق للمولى ولا لورثته حق مرعى بعد ماقتل أو أسر ولم يخلفه السابى فى ملك بدل الكتابة لان الدين فى الذمة لايتصور ورود القهر عليه والملك للسابى بطريق القهر ولان يد المكاتب فيمافى ذمته أسبق فيملك مافى ذمته وتسقط عنه المكاتبة فلهذا عتق وكذلك ان أسر من غير أن يظهروا على الدار لان نفسه بالاسر قد تبدل وخرج من أن يكون أهلا لملك المال ولم يخلفه وارثه فى ذلك لبقائه حيا فى حق ورثته فاما اذا قتل ولم يظهر المسلمون على الدار فالكتابة دين عليه يؤديه الى ورثة مولاه لانهم يخلفونه فيما كان لمولاه حين لم يقع الظهور عليهم وكما وجب عليه مراعاة الأمان فيما خلفه فى دار الاسلام لحقه فكذلك يجب مراعاته لحق ورثته حربي كاتب عبده في دار الحرب ثم أسلما جميعاً أو صارا ذمة أجزت ذلك لان الكتابة تعتمد التراضى كالبيع والشراء فكما يبقى بيعهم وشراؤهم بعد اسلامهم فكذلك الكتابة فان خرجا مستأمنين والعبد فى يديه على حاله فخاصمه في المكاتبة أبطلتها كما ابطل العتق والتدبير في دار الحرب منهم اذا خرجوا بأمان ألا ترى أن رجلا منهم لوقهر رجلا فاسراه ثم خرج الينا وهو في يديه كان له أن يبيعه فكذلك المكاتب لانه فى حكم القاهر لمولاه فيما في ذمته فلهذا بطلت المكاتبة وان كان المولى قاهراً حين أخرجه الي دار الاسلام فهو عبده كما لو كان أعتقه ثم قهره هو أو غيره وأخرجه الى دار الاسلام كان عبداً له ولو كاتبه ثم خرج العبد مسلماً عتق وبطلت عنه الكتابة لانه قهر لمولاه حين أحرز نفسه بدار الاسلام مسلماً أو ذمياً ولو فعل ذلك وهو عبدملك نفسه حتى يعتق فكذلك اذافعله وهو مكاتب يملك مافى ذمته فيسقط عنه ويكون حراً مسلم تاجر فى دارالحرب كاتب عبده أوأعتقه أو دبره كان جائزاً استحساناً وفى القياس لايجوز شئ من ذلك منه لانه فعله حيث لايجرى حكم المسلمين وتنفيذ هذه التصرفات من أحكام المسلمين ووجه الاستحسان انه مسلم ملتزم لاحكام الاسلام وان كان فى دار الحرب وكذلك العبد مسلم ليس بمحل الاسترقاق بعد

حق

حق العتق أو حقيقته فوجود هذا التصرف منهما في دار الحرب كوجوده في دار الاسلام وكذلك لو كان العبد كافراً قد اشتراه في دار الاسلام لان الذمي في أنه ليس بمحل الاسترقاق كالمسلم فان كان العبد كافراً قد اشتراه في دار الحرب وكاتبه فأدى وعتق ثم أسلم أجزته على المسلم استحساناً وفي القياس هو عبد له لانه معتق له بالكتابة واستيفاء البدل فكأنه أعتقه قصداً وقد بينا ان اعتاق المسلم العبد الحربي في دار الحرب لايجوز لان غرضه الاسترقاق فلا ينفذ العتق فيه من المسلم كما لا ينفذ من الحربي وللاستحسان فيه وجهان أحدهما أن المسلم ضمن له ترك التعرض له بعد ما يؤدي بدل الكتابة اليه فعليه الوفاء بما ضمن لان التحرز عن الغدر واجب على المسلم في دار الحرب ألا ترى أنه لايحل له أن يأخذ شيئاً من أموالهم سراً فللوفاء بما ضمن جعلناه حراً والثاني أن المسلم انما يتملك بالقهر اذا أحرزه بدار الاسلام وذلك لا يوجد منه هنا لان دار الحرب ليس بدار له فلا يتملكه قبل الاسلام وبعد الاسلام يستحيل أن يتملك الحر المسلم بالقهر وعلى هذا الطريق الاستحسان في الكتابة والعتق جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

باب المكاتبة تلد من مولاها

﴿ قال ﴾ رضي الله تعالى عنه واذا ولدت المكاتبة من مولاها خيرت فان شاءت أبطلت الكتابة وكانت أم ولد له وان شاءت مضت وأخذت العقر لانه تلقاها جهتا حرية أحدهما عاجل ببدل والآخر آجل بغير بدل فتختار أيهما شاءت ونسب ولدها ثابت من المولى بالدعوة وهو حر لان المولى مالك للاعتاق في ولدها وان اختارت المضي على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاقراره بوطئها ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت ما لا يؤدي مكاتبتها منه وما بقي ميراث لابنها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وانما السعاية على ولد هو تبع لها في الكتابة حتى اذا كانت ولدت ولداً آخر فنفاه المولى أو لم يدعه فان نسبه لا يثبت منه لانها مكاتبة لايحل للمولى وطؤها فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة واذا ماتت سعى هذا الولد فيما بقي عليها فان مات المولى بعد ذلك عتق الولد وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد كأمه فيعتق بموت المولى فان ادعى المولى حبل مكاتبته فضرب انسان بطنها بعد ذلك بيوم فالقت جنينا ميتا فان في

الولد غرة لا بيه لانه عتق بدعوته كما لو ادعاه بعد الانفصال وبدل الجنين الحر الغرة وكان ميراثا لابيه لان الام مكاتبة بعد فلا ترث شيئا ولكنها تأخذ العقر من المولى اذااختارت المضي على المكاتبة واذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى لانها محرمة عليه باعتبار بقاءالكتابةفلايلزمه نسب ولدها الا بالدعوة فان كان الولد بنتا فولدت هذه الابنة بنتاثم أعتق المولى الابنة السفلى عتقت هي وحدها لانها داخلة في كتابة الجدة ومملوكة للمولى فتعتق باعتاقه اياها وان أعتق الابنة الاولى عتقت هي والابنة السفلى في قول أبي حنيفة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رضوان الله عليهم أجمعين لا تعتق السفلى ولكنها تكون مع الجدة على حالها لان السفلي تبع للجدة فى الكتابة بمنزلة ولد آخر لها ولو كان لها ولدان فاعتق المولى أحدهما لم يعتق الآخر والدليل على هذا ان الجدة لو ماتت كان على العليا والسفلى السعاية فيما عليها من بدل الكتابة واذا أدت السعاية إحداهما لم ترجع على الاخرى بشيء وان الجدة فى حال حياتها أحق بكسبها لتستعين به على مكاتبتها وهذا لان العليا تبع ولا تبع للتبع فعرفنا انهما فى الحكم بمنزلة الولدين من الجدة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول مع هذا السفلى جزء من العليا كما ان العليا جزء من الجدة ثم لو أعتق المولى الجدة عتقت العليا فكذلك اذا أعتق العليا عتقت السفلى والسفلى تبع للجدة كما قالا ولكن بواسطة العليا ولا تحقق هذه الواسطة الا بعد جعل السفلى تبعا للعليا ولو أعتق العليا قبل انفصال السفلى منها عتقت السفلى بلا شك فكذلك بعد الانفصال لان معني التبعية بالانفصال لاينقطع لبقاء عقد الكتابة واذا ولدت المكاتبة من مولاها ثم أقر المولى أنها أمة لفلان لم يصدق وان صدقته فى ذلك لان حق أمية الولد قد ثبت لها واستحق المولى ولاءها فلا يصدقان على إبطاله فان قال المدعي بعتك بألف درهم ولم تنقد الثمن وقال المولى زوجتني والامة معروفة للمدعى فعلى المولى المهر يستوفيه المدعي قصاصا من الثمن لانهما يتصادقان على وجوبه عليه وان اختلفا فى سببه وليس عليه قيمة فى الام ولا فى الولد لان تعذر استردادها كان باقرار المدعى ببيعها منه الا ترى انه لو أنكر ذلك تمكن من استردادها لكونها معروفة انها له وان لم تكن معروفة انها للمدعى ضمن له القيمة لان تعذر استردادها لم يكن باقراره بالبيع ولكن كان بالاستيلاد الموجود من المستولد ألا ترى أنه وان أنكر البيع لم يتمكن من استردادها وقد أقر المستولد انها ملك المقر له

احتبست عنده فيضمن قيمتها له بعد أن يحلف بالله مااشتريتها منه بما يدعى من الثمن لانه لو أقر بالشراء لزمه الثمن فاذا أنكر يحلف على ذلك والله أعلم

باب الايمان فى العتق

﴿قال﴾ واذا قال الرجل لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لان أوان نزول العتق المتعلق بالشرط بعد وجود الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك له فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسداً فيعتق لان بعد وجود الشرط هو باق على ملكه فان البيع الفاسد لا يزيل الملك بنفسه الا أن يكون سلمه الى المشترى قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق ولو قال اذا دخلت الدار فأنت حر فباعه فدخل الدار لم يعتق الا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول يعتق ويبطل البيع وكذلك مذهبه فى الفصل الأول لان التعليق قد صح فى الملك فينزل العتق من جهته عند وجود الشرط ولايعتبر قيام ملكه فى المحل عند ذلك كما لايعتبر قيام الأهلية فى المولى حتى لو جن ثم دخل الدار عتق ولكنا نقول المتعلق بالشرط انما يصل الى المحل عند وجود الشرط فلا بد من قيام ملكه في ذلك الوقت ليعتق من جهته والأهلية انما يحتاج اليها لصحة التكلم وتكلمه عند التعليق لاعند وجود الشرط فيستقيم أن يجعل عند وجود الشرط كالمنجز للعتق بذلك الكلام الذي صح منه فان اشتراه بعد هذا فدخل الدار لم يعتق أيضاً لان يمينه انحلت بوجود الشرط فى غير الملك اذ ليس من ضرورة انحلال اليمين نزول الجزاء وان لم يدخل الدار بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق عندنا لبقاء اليمين الى وقت وجود الشرط فى ملكه ولا يعتق عند الشافعى رحمه الله لبطلان اليمين بزوال الملك فان اليمين كما لا ينعقد عنده الا فى الملك لا يبقى بعد زوال الملك فان قال اذا دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لوجود الملك عند تمام الشرط وعند زفر رحمه الله لايعتق لانه يعتبر قيام الملك عند وجود نفس الشرط كما يعتبره عند تمام الشرط وقد بيناهذا فى الطلاق فان دخل احداهما قبل البيع ثم باعه فدخل الأخرى لم يعتق لأن الشرط قد تم فى غير ملكه وأوان نزول الجزاء مابعد تمام الشرط ولوقال له اذا دخلت هذه الدار فأنت حر اذا كلمت فلانا فباعه ثم دخل الدار ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لأنه جعل شرط العتق الكلام وعلق ذلك اليمين بدخول الدار

والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فيصير عند دخول الدار كأنه قال له أنت حر اذا كلمت فلاناً ولو قال ذلك لم يصح لانه ليس فى ملكه عند دخول الدار فلهذا لا يعتق وان كلم فلاناً فى ملكه بخلاف الاول فان هناك عقد اليمين في الحال وجعل دخول الدارين شرطا للعتق وقد وجد الملك عند التعليق وعند تمام الشرط فلهذا يعتق ولو قال اذا دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فباعه فدخل الدار ثم اشتراه لم يعتق ان مات لأنه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز له عند الدخول والتدبير لا يصح الا فى الملك أومضافا الى الملك فاذا لم يكن فى ملكه عند دخول الدار لم يصر مدبراً فلا يعتق بموته ولو قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل الدار فهو حر لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته على فعل العبد كغيره فيثبت الشرط بشهادتهما ولو قال ان كلمت فلانا فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد كلمه لم يعتق لان كلام فلان قوله باللسان والانسان لا يصلح أن يكون شاهداً على فعل نفسه فلم يبق على الشرط الا شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يثبت الشرط فان شهد ابنا فلان أنه قد كلم أباهما فان جحد الأب ذلك جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما بالكلام وعلى المولى بوجود الشرط وان كان أبوهما يدعى ذلك فشهادتهما باطلة فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى جائزة في قول محمد رحمه الله تعالى لانه لا منفعة فى المشهود به لأبيهما ومحمد رحمه الله تعالى يعتبر المنفعة للتهمة وأبو يوسف رحمه الله تعالى يعتبر الدعوة والانكار لانهما يشهدان لابيهما ويظهران صدقه فيما يدعى وقد تقدم بيان هذه المسئلة فى كتاب النكاح واذا حلف الرجل بعتق عبد بينه وبين آخر لا يدخل داراً ثم اشترى نصيب الآخر فدخل الدار عتق النصف الأول خاصة لان تعليقه في ذلك النصف صحيح لوجود الملك وقت التعليق فيصير كالمنجز للعتق فى ذلك النصف عند وجود الشرط ومن أصل أبي حنيفة أن من أعتق نصف عبده يسعى العبد فى النصف الآخر وعندهما يعتق كله فهذا مثله ﴿ قال ﴾ ولو كان باع النصف الاول ثم اشتري نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق لان الشرط وجد بعد زوال ملكه فيما صح فيه التعليق وهو النصف الأول ولم يكن التعليق صحيحاً فى النصف الذى استحدث الملك فيه بعد التعليق فلهذا لا يعتق ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق من ميت أو اسطوانة أو حمار فقال أحدكما حر أو قال هذا حر أوهذا عتق عبده فى قول أبي حنيفة

رضى الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يعتق الا أن ينويه لانه ما عين عبده فى كلامه بل ردد الكلام بينه وبين غيره فلا يتعين عبده الابنية كما لو جمع بين عبده وعبد غيره فقال أحدكما حر ولانه لما ضم اليه مالا يتحقق فيه العتق صار تقدير الكلام كانه قال لعبده أنت حر أولا ولو قال ذلك لم يعتق بدون النية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول وصف أحدهما بالحرية والعبد محل لهذا الوصف دون الاسطوانة والحمار فيتعين لذلك ويلغو ضم الاسطوانة اليه كما لو أوصى بثلث ماله لحى وميت كانت الوصية كلها للحى ولان كلامه ايجاب للعتق فيتعين له المحل الذى يصلح لايجاب العتق فيه وهو الحي دون الميت والاسطوانة وهذا لان كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن بخلاف عبد الغير فانه محل بأن يوصف بالعتق ومحل الايجاب العتق أيضا ولكن يصير موقوفا على اجازة المالك فلهذا لا يتعين عبده هنالك وروي ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى أنه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال أحدهما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب للحرية ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب للحرية بمنزلة ما لو قال هذا حرا ولا

ثم ذكر في بعض النسخ من الاصل بابا من كتاب الولاء وشرح ذلك يأتى بتمامه فى كتاب الولاء انتهى شرح كتاب العتاق من مسائل الخلاف والوفاق

أملاه المستقيل للمحن بالاعتاق المحصور فى طرف من الآفاق حامدا للمهيمن الرزاق ومرتجيا الى لقائه العزيز بالاشواق ومصليا على حبيب الخلاق وعلى آله وأصحابه خير الصحب والرفاق

﴿ تم الجزء السابع ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب المكاتب ﴾

﴿ فهرس الجزء السابع من المبسوط لشمس الأئمة السرخسى ﴾

﴿ تمت ﴾